

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXII

ENERO - FEBRERO - MARZO

1991

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
PRIMER TRIMESTRE DE 1991

Presidenta
Doctora Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente
Doctor Jaime Abella Zárate

Secretaria General
Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente
Doctor Rodrigo Vieira Puerta
Doctora Myriam Guerrero de Escobar
(hasta el 17 de febrero de 1991,
reemplazada por el doctor
Miguel González Rodríguez)
Doctor Jaime Mossos Guarnizo

SECRETARIO
Señor Víctor M. Villaquirán M.

SECCION SEGUNDA

Doctora Dolly Pedraza de Arenas
Presidenta
Doctora Clara Forero de Castro
Doctor Joaquín Barreto Ruiz
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker
Doctor Alvaro Lecompte Luna
Doctor Diego Younes Moreno

SECRETARIA
Doctora Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Doctor Carlos Betancur Jaramillo
Presidente
Doctor Carlos Ramírez Arcila
Doctor Julio César Uribe Acosta
Doctor Policarpo Castillo Dávila

SECRETARIA
Doctora Ruth Stella Correa Palacio
(a partir del 1o. de febrero de 1991)

SECCION CUARTA

Doctor Jaime Abella Zárate
Presidente
Doctor Guillermo Chahín Lizcano
Doctor Carmelo Martínez Conn
Doctor Consuelo Sarria Olcos

SECRETARIO
Señor Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Doctor Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente
Doctor Jorge Penén Deltieure
Doctor José Joaquín Camacho Pardo
Doctor Miguel González Rodríguez (hasta el 17 de febrero de 1991)
(Fue reemplazado por la doctora Clara González de Barliza)

SECRETARIO
Doctor Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Javier Henao Hidrón
Presidente
Doctor Jaime Betancur Cuartas
Doctor Jaime Paredes Tamayo
Doctor Humberto Mora Osejo

SECRETARIA
Doctora Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1a. Doctora Libia Zuluaga Uribe
2a. Doctora Edné Cohén Daza
3a. Doctor Jaime Ossa Arbeláez
4a. Doctor Jairo Maya Betancourt
5a. Doctora María Eugenia Samper Rodríguez
6a. Doctora Margarita Olaya de Obando
7a. Doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff
8a. Doctora María Stella Pena de Méndez
9a. Doctora Inés Hurtado Cubides
10a. Doctora Fernando Ospina Henao

RELATORES

Doctora Sonia Mireya Vivas Pineda
Doctor Danilo Rojas Betancourth

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en la Empresa Editorial Universidad Nacional - Santafé de Bogotá, D.C.

SALA PLENA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATRIVO

HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades/ **ECOPETROL** - Facultades

La potestad reglamentaria nunca puede entenderse en el sentido de que a través de ella se dan al ejecutivo facultades diferentes a aquellas que implican la ejecución y desarrollo de los derechos y obligaciones materiales consagradas en la ley, ni menos aún que en su ejercicio puede el Gobierno inmiscuirse en asuntos que la Constitución ha reservado al legislador. La facultad de adoptar políticas que el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1/84 otorga al Ministerio de Minas y Energía no es más que un reconocimiento a la capacidad de esta entidad de realizar las acciones o de expedir los actos necesarios para la adecuada ejecución de las leyes vigentes en materia de recursos naturales no renovables. Para la Sala es claro que no existía la facultad aducida por el Gobierno (facultad del Ministerio para adoptar la política en materia de transporte de hidrocarburos) al expedir el Decreto 128/86, ni tampoco norma jurídica alguna de jerarquía legal que autorizara, de manera explícita o implícita, que el mantenimiento y operación de oleoductos de uso privado se hiciera a través de la Ecopetrol, ni menos existía autorización legal para entrar a legislar sobre una materia no regulada en ninguna ley preexistente sobre este tema. Al expedirse este decreto con base en las facultades que supuestamente le otorgaba el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1/84, se violó la Constitución.

DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1° a 8° del Decreto 128 de 1986 (enero 11) "por el cual se reglamenta la Ley 1a. de 1984, en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoductos de uso privado y terminales".

SENTENCIA - Aclaración/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA** - Técnica

No puede el juez, so pretexto de ejercitar excepcionales facultades, variar o alterar la sustancia de la resolución original, debiendo limitarse a la aclaración, corrección o adición, de oficio o a solicitud de parte (art. 304 C. de P.C.). De otro lado, en caso de que el recurso extraordinario de súplica no prospere, la sentencia de la sala debe limitarse a declararlo así, sin que haya lugar a resolución confirmatoria alguna, por la potísima razón de que no asume la función de Tribunal de Instancia, no desplaza a la sección correspondiente ni le cabe ocasión de sustituir la decisión recurrida.

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

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. S-156. Actor: Carlos Holguín Holguín. Demandado: Nación - Ministerio de Minas y Energía.

El 18 de febrero de 1986, el ciudadano Carlos Holguín Holguín, obrando en propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, presentó demanda para que previo el trámite del proceso ordinario, se hiciera la siguiente declaración:

"Petición"

"Que se declare que son nulos los art. 1° a 8° del Decreto 128 de 11 de enero de 1986, "por el cual se reglamenta la Ley 1a. de 1984, en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoducto de uso privado y terminales", emanado del Ministerio de Minas y Energía, por violación de la Constitución y la Ley.

1. HECHOS

Como soporte de hecho de su pretensión, el demandante afirma que "el día 11 de enero de 1986, el Gobierno, con la firma del señor Presidente de la República, doctor Belisario Betancur, y del Ministro de Minas y Energía doctor Iván Duque Escobar, en uso de las facultades que le otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Política, dictó el Decreto 128 de 11 de enero de 1986, por el cual se reglamenta la Ley 1a. de 1984".

Se transcribe a continuación el texto de la norma demandada:

"REPUBLICA DE COLOMBIA
"MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA
"DECRETO NUMERO 128 DE 19
"(11 DE ENERO DE 1986)

"Por el cual se reglamenta la Ley 1a. de 1984, en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoductos de uso privado y terminales.

"EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

"en uso de las facultades que le otorga el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política y

"CONSIDERANDO:

"Que el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, faculta al Ministerio de Minas y Energía para adoptar la política en materia de transporte de hidrocarburos;

"Que se hace necesario reglamentar la forma en que el Ministerio ejercerá tal facultad;

"Que es indispensable dar incentivos a la industria colombiana para buscar su vinculación al transporte de hidrocarburos, de acuerdo con los requerimientos de orden técnico y económico y a las nuevas condiciones del país, en esta materia;

"Que debe establecerse el marco jurídico, dentro del cual el Ministerio de Minas y Energía pueda desarrollar las políticas de dicho servicio público;

"DECRETA:

"ARTICULO PRIMERO.- La operación y mantenimiento de los oleoductos definidos como de uso privado por el Código de Petróleos destinados al transporte de crudos y terminales, cuyo funcionamiento se inicie con posterioridad a la vigencia de este decreto, se efectuará a través de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-.

"PARAGRAFO 1°. El Ministerio de Minas y Energía podrá autorizar a la Empresa a que se refiere el presente artículo, para contratar la asesoría y asistencia técnica, inherentes al servicio con compañías nacionales y con las extranjeras que cumplan los requisitos señalados en el artículo 3° de la Ley 10a. de 1961.

"PARAGRAFO 2°. Los oleoductos y terminales que estén en operación, continuarán sometidos a las normas bajo las cuales iniciaron sus actividades.

"ARTICULO SEGUNDO.- Las empresas que presten dicha asesoría, deberán registrarse en la División Legal de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, previo el lleno de los requisitos que para tal fin, se establezcan.

"ARTICULO TERCERO.- El Ministerio de Minas y Energía exigirá el cumplimiento de las normas técnicas necesarias para efectuar la operación y mantenimiento de los oleoductos y terminales, de acuerdo con las establecidas por el Instituto Colombiano de Normas Técnicas -ICONTEC-, o por otras normas reconocidas internacionalmente.

"Cuando la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, en desarrollo de este Decreto vaya a realizar la operación y mantenimiento de un oleoducto o terminal, deberá practicar con anterioridad las pruebas necesarias, con el fin de constatar el estado de la línea de acuerdo con las normas anteriores, lo cual se hará con la supervisión del Ministerio de Minas y Energía y en el tiempo que éste establezca.

"ARTICULO CUARTO.- Los contratos que se celebren en desarrollo del parágrafo 1° del artículo primero del presente decreto, se registrarán en la División Legal de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía y además de las cláusulas legales y las que las partes acuerden, deberán contener:

"a) Clase de asistencia técnica o asesoría que se va a prestar.

"b) Especificación de las normas técnicas que se van a aplicar.

"c) Compromiso de cumplir con los informes, obligaciones consignadas en la legislación de hidrocarburos y demás requisitos que exija el Ministerio de Minas y Energía;

"d) Obligación de constituir pólizas de seguro que amparen el cumplimiento del contrato y la responsabilidad civil extracontractual, que surja en razón de la prestación del servicio.

"PARAGRAFO. La obligación consignada en el literal d) de este artículo, no excluye la responsabilidad que le competa a los constructores y a la operadora.

"ARTICULO QUINTO.- La operadora de los oleoductos y terminales será solidariamente responsable con los contratistas del cumplimiento de las obligaciones emanadas de los respectivos contratos.

"ARTICULO SEXTO.- Para iniciar la operación de un oleoducto o de un terminal, deberá contarse con la aprobación por parte del Ministerio de Minas y Energía, previo el cumplimiento de los requisitos técnicos. De su iniciación se levantará el acta respectiva.

"ARTICULO SEPTIMO.- La Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, ejercerá las funciones de fiscalización y vigilancia de la operación y mantenimiento de los oleoductos y terminales, sin perjuicio de las que competen a otras entidades estatales.

"ARTICULO OCTAVO.- El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el presente decreto, dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en la legislación de hidrocarburos.

"ARTICULO NOVENO.- Este decreto rige a partir de su publicación.

"Publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D.E., a once (11) de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986).

"BELISARIO BETANCUR

"IVAN DUQUE ESCOBAR

"Ministro de Minas y Energía."

2. POSICION DE LAS PARTES

Alegato de la parte actora

El demandante formula nueve cargos en contra de la norma demandada, los cuales la Sala se permite resumir, así:

a. Violación de los artículos 20, 55, 56 y 57 de la Constitución Política por cuanto al dictar el susodicho decreto "infringió el artículo 20 de la Constitución al asumir funciones que no le habían sido dadas por la Constitución e invadió la órbita de la rama legislativa del Poder, trasgrediendo el principio de separación de dichas ramas y violando el artículo 55, en relación con los artículos 56, 57, 76 y 120 de la Constitución". (fl. 17).

b. Violación de los numerales 3° y 21 del artículo 120 de la Constitución y del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, por cuanto "el gobierno pretende reglamentar una ley expedida con base en el ordinal 9° del artículo 76 y dictar normas legislativas, obviamente viola no solo el numeral 3° sino el 21 del artículo 120 de la Carta. Por ello el Decreto 128 de 1986, dictado en uso de la facultad reglamentaria, en cuanto modifica la legislación vigente, infringe los numerales 3° y 21 del artículo 120 de la carta y el artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, que pretende reglamentar." (fl. 35).

c. Violación de los artículos 30 de la Constitución Nacional y 38 de la Ley 153 de 1887, en cuanto "se aplica a oleoductos de uso privado y terminales, ya

construidos, aunque no estén en funcionamiento, viola la garantía constitucional de respeto de los derechos adquiridos al amparo de leyes vigentes al momento de su constitución", e igualmente, por cuanto "se aplica a oleoductos de uso privado construidos al amparo de contratos de asociación válidamente celebrados, infringe la disposición del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, pues el régimen de tales oleoductos, estén o no en funcionamiento, se rige por las leyes vigentes al momento de la celebración de los respectivos contratos". (fl. 37).

d. Violación del artículo 31 de la Constitución, por cuanto la norma demandada, al "privar a todos los propietarios de oleoductos de uso privado de la operación y mantenimiento de los mismos, equivale a establecer un monopolio de su administración", lo cual no puede hacerse por la ley sin previa indemnización de los particulares perjudicados. (fl. 38).

e. Violación de los artículos 45 y 46 del Decreto 1056 de 1953, Código de Petróleos, por cuanto dichas disposiciones del Código de la materia, establecen, "en armonía con el Código Civil, que los oleoductos de uso privado construidos por los explotadores de petróleo pueden ser beneficiados por ellos". (fl. 39).

f. Violación de los artículos 669, 716, 718, 1502, 1503 y concordantes del Código Civil, por cuanto el "privar al dueño de un oleoducto de uso privado que ha construido a sus expensas del derecho de operarlo usarlo, es desconocer los factores o elementos del dominio y equivale a crear una incapacidad de ejercicio. Todo ello, como es natural, solo podría hacerse para el futuro y en virtud de expresa disposición legal y no por un mero decreto reglamentario." (fls. 40 a 41).

g. Violación de los artículos 169, 175 y 180 del Decreto Extraordinario 2324 de 1984 por cuanto "el Decreto 128, al asignar a Ecopetrol el manejo de los terminales de oleoductos, infringe directamente" tales disposiciones, las cuales otorgan a la Dirección General Marítima y Portuaria las funciones de regular lo relativo a las terminales de oleoductos.

h. Violación del artículo 1568 del Código Civil, por cuanto el artículo 5° del Decreto 128 crea obligaciones solidarias entre la operadora del oleoducto y los contratistas, lo cual solamente podría hacer la ley.

i. Falsa motivación y desviación de atribuciones del Gobierno al dictar el Decreto 128 de 1986 por cuanto su motivación es "prácticamente inexistente y falsa", y porque "el decreto se dictó igualmente con desviación de las atribuciones propias que competen al Gobierno, pues de manera deliberada, y a pretexto de reglamentar una ley que no contiene normas que desarrolle el decreto, se han invadido los campos que la Constitución asigna al Congreso, para establecer el ordenamiento jurídico de la Nación con manifiesta extralimitación de funciones." (fl. 44).

Alegato de la Parte Opositora

El representante de la Nación y de la Empresa Colombiana de Petróleos, en extenso escrito presentado ante el despacho contestó cada una de las alegaciones del demandante, afirmando que no ha habido violación de las normas constitucionales sobre separación de las ramas del poder público, por cuanto se trata de un típico caso de colaboración entre las Ramas, ya que la reglamentación se desarrolla en uso de una competencia propia de la Rama Ejecutiva, que no usurpa de manera alguna la competencia de la Rama Legislativa. Afirma igualmente que no se ha excedido la potestad reglamentaria puesto que el Decreto 128 de 1986 no ha hecho más sino darle vida práctica a la ley que pretende reglamentar, pues la norma y materia que se ha reglamentado es apenas el cumplimiento del mandato del legislador ordinario que facultó para la adopción de la política nacional sobre explotación de transporte y distribución de hidrocarburos.

En cuanto a los cargos referentes a la violación de los artículos 30, 31 de la Constitución y 669, 716, 718, 1502 y 1503 del Código Civil, manifiesta el representante de la parte opositora que, en su concepto, el Decreto 128 no conlleva desconocimiento de la propiedad privada, sino se limita a fijar una nueva política para su operación, consonante con el interés social. Manifiesta igualmente que, por tratarse de una actividad de servicio público, "no puede ser extraño que el Estado Colombiano se haga cargo" de ella. Afirma que las normas que elevan al transporte de hidrocarburos a la categoría de servicio público (art. 212 del Código de Petróleos) son posteriores a los artículos 45 y 46 del mismo Código, por lo cual habrán de preferirse según las reglas de hermenéutica jurídica consagradas en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887.

En cuanto a la violación de los artículos 169, 175 y 180 del Decreto 2320 de 1984, el representante de la Nación considera que tal violación no se da, por cuanto estas disposiciones fueron modificadas por la Ley 1a. de 1984, la cual cambió al titular de la intervención en los terminales en las costas marítimas, haciendo una redistribución de la competencia sobre la materia. Finaliza el Sr. apoderado de la Nación afirmando que tampoco son admisibles los cargos por falsa motivación porque, en su opinón el Decreto 128 se dictó con fundamento en el ordinal 3° del artículo 120 de la Carta, para darle eficacia y cumplida ejecución a lo estatuido en ella. "Al invocar el Gobierno y su Ministro de Minas y Energía el poder reglamentario constitucional, estuvo bien expedido el Decreto acusado, porque se hizo lo que la ley mandó: Adoptar una política en materia de transporte de hidrocarburos."

3. LA VISTA FISCAL

A folios 228 y siguientes aparece el concepto de la Fiscal Segunda de la Corporación, en el cual solicita se acceda a lo pedido en la demanda. Dice la señora Fiscal, refiriéndose a los cargos iniciales de violación de los artículos 20,

55, 56, 57 y ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución, y más particularmente al alcance de la Ley 1a. de 1984:

> "Por el contrario, puesto que prescribe reglas de competencia para el Ministerio de Minas y Energía, puede ser objeto, no de los decretos que el actor denomina "complementarios", sino de los que expide el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria contemplada por el Art. 120-3 de la Constitución. Además, como se deduce del claro tenor literal de este mismo precepto, todas las leyes, sin ninguna excepción, pueden ser reglamentadas para facilitar su ejecución, aun las que prescriban, reformen o sustituyan la estructura de la Administración Nacional.
>
> "De manera que, contrariamente al aserto del actor, el Decreto 128 de 1986, por el simple hecho de haberse expedido para reglamentar la Ley 1a. de 1984, no infringió los Arts. 120-3 y 120-21 de la Constitución." (fl. 232).

En cuanto al cargo de violación de los artículos 30 y 31 de la Constitución, afirma la Fiscalía que no considera que se dé la infracción alegada, porque el Decreto 128 "no desconoce el derecho de los propietarios de los oleoductos de uso privado, sino que dispone, sobre la base de reconocerlo, que sean administrados a través de la Empresa Colombiana de Petróleos."

Sin embargo más adelante afirma que "esta Fiscalía considera que el cargo consistente en que el decreto acusado implica exceso de la potestad reglamentaria porque el Gobierno se arrogó funciones del legislador, es fundado y debe prosperar" por cuanto:

> "La ley, por el contrario, no atribuye a Ecopetrol la administración de oleoductos de uso privado o particular. Estos son, según el art. 45, inciso 2° del Código de Petróleos, "los construidos y beneficiados por las propias empresas explotadoras o refinadoras de petróleo, para su uso exclusivo o el de sus afiliados, ya se trate de petróleos de concesiones nacionales o de petróleo reconocido como de propiedad privada", o también "los construidos por dos o más compañías no afiliadas para el beneficio de sus propias explotaciones", si el Gobierno estima en este caso, que la construcción del oleoducto es benéfica para el país. Además, el Art. 45 ibídem reconoce a "toda persona que en el país explote o refine petróleo procedente de concesiones nacionales o de yacimientos reconocidos como de propiedad particular", el "derecho a construir y beneficiar uno o más oleoductos para el servicio de su propia explotación o explotaciones o el de sus afiliados". Y si el Art. 47 del mismo estatuto obliga a utilizar "el sobrante efectivo" de la capacidad del oleoducto de uso particular para el transporte del petróleo de terceros, ello debe ocurrir por solicitud de éstos y mediante aviso al Ministerio de Minas y Energía, entidad que debe dirimir los desacuerdos que puedan presentarse, a este respecto, entre los propietarios de los oleoductos y los dueños del petróleo". (fl. 234).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos del análisis de los cargos formulados en la demanda y de las alegaciones del señor representante de la Nación-Ministerio de Minas y Energía y de la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, la Sala ha considerado necesario organizar sus consideraciones en cuatro partes, así: Primero, El alcance de la Potestad Reglamentaria; Segundo, la Ley 1a. de 1984, Tercero, el Decreto Reglamentario 128 de 1986. Cuarto, La Propiedad Privada y Quinto, Consideraciones finales.

1. *El alcance de la potestad reglamentaria*

Si bien se trata de una materia de fundamental importancia en el estudio del presente caso, no desea la Sala entrar en análisis extensos sobre un tema que ha sido suficientemente tratado por el Consejo de Estado en innumerables oportunidades, que han contribuido a la definición cada vez más clara de una figura esencial para el ejercicio de la función administrativa del Estado. Basta afirmar que la potestad reglamentaria es la facultad que tiene el Presidente de la República, por virtud del ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, de producir actos administrativos para desarrollar y garantizar la debida ejecución de las leyes que se reglamentan.

Así, la potestad reglamentaria parte del supuesto necesario de la previa existencia de una disposición de jerarquía legal que se reglamenta, cuyo alcance y contenido establecen los marcos dentro de los cuales puede ejercerse tal potestad, fuera de los cuales cualquier ejercicio de tal poder reglamentario implica extralimitación en las funciones del ejecutivo y puede constituir una indebida invasión de las competencias propias del legislador. Por ello, tal como lo dijera el Consejo de Estado en sentencia de 22 de marzo de 1963, Sala de lo Contencioso Administrativo (Anales 1979, Tomo XCVII).

> "La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. Como producto de ese estudio, el reglamento debe ser el reflejo fiel del estatuto desarrollado y de cada uno de sus preceptos. En él puede desenvolverse, no solo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentra implícito en ella".

Todo ello tiene como propósito último, naturalmente, que el contenido material de la disposición reglamentada pueda producir los efectos jurídicos que el legislador quiso que tuviese, y que se desarrollen y ejecuten los mandatos sustanciales que la ley contiene. Tales contenido material y mandatos sustanciales constituyen el derecho objetivo expresado de manera directa o en forma implícita en la ley, y constituyen precisamente el objeto y el límite del ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual, por consiguiente, tiene necesariamente que pro-

curar el desarrollo y ejecución de los derechos y obligaciones que la ley consagra, ya sean a favor o en contra del Estado o los particulares.

Como consecuencia necesaria de lo anterior, es claro a juicio de la Sala, que la potestad reglamentaria no debe ejercerse por fuera de tal contenido material de la ley, ni en desarrollo de ella pueden invocarse autorizaciones o facultades que resulten en la expedición de actos administrativos alejados del mandato legal sustantivo. Así, la sola posibilidad de que en un decreto reglamentario resulte regulado un tema o un fenómeno nuevo, que cree o ponga fin a derechos u obligaciones, que no esté consagrado en forma explícita o implícita en la ley reglamentada, choca directamente con el concepto de la potestad reglamentaria, pues ello conllevaría una intromisión en la competencia del legislador, e implicaría una extralimitación en el ejercicio de las facultades otorgadas al Presidente de la República por el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Por la misma razón, la potestad reglamentaria nunca puede entenderse en el sentido de que a través de ella se dan al ejecutivo facultades diferentes a aquellas que implican la ejecución y desarrollo de los derechos y obligaciones materiales consagradas en la ley, ni menos aun que en su ejercicio puede el gobierno inmiscuirse en asuntos que la Constitución ha reservado al legislador. Lo contrario implicaría el rompimiento del principio de la separación de las ramas del poder.

2. ***La Ley 1a. de 1984***

En enero 10 de 1984, el Congreso de Colombia expidió la Ley No. 01 de 1984, "por la cual se reglamenta la Estructura Administrativa del Ministerio de Minas y Energía y se determinan las funciones de sus dependencias". Dicha disposición, en su artículo 3°, ordinal a), establece:

> "Artículo 3°. Además de las funciones que señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968, y de las disposiciones legales y reglamentarias en vigencia, el Ministerio de Minas y Energía ejercerá las siguientes:
>
> "a) Adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos, así como la política sobre generación, transmisión, interconexión, distribución y establecimiento de normas técnicas en materia de electricidad, y, en general sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país, en concordancia con los planes generales de desarrollo."

La norma transcrita es muy similar a disposiciones dictadas con anterioridad en lo referente a las funciones del Ministerio de Minas y Energía cual es el caso de los artículos 1° del Decreto 3161 de 1968 y 2° del Decreto 2302 de 1975.

Es decir, la facultad de adoptar la política nacional en materias de su competencia no es nueva para dicha entidad, aun cuando, con el pasar de los años, tal competencia se ha ido ampliando por la ley a nuevos campos, particularmente al de energía eléctrica, y cubre en general todo lo referente a las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables.

Sin embargo, la generalidad y vaguedad de la disposición transcrita, al igual que la de sus antecesores, amerita un análisis detallado del alcance de la expresión "adoptar la política nacional", pues es indudable que esa locución envuelve unas funciones del Ministerio de Minas y Energía, cuyo alcance debe ser precisado claramente.

La primera luz en cuanto al alcance de tal expresión la arroja a la Corte Suprema de Justicia, que en decisión de diciembre 26 de 1969 declaró exequible el artículo 1° del Decreto Extraordinario No. 3161 de 1968, cuyo texto disponía:

> "Artículo 1°.- Corresponde al Ministerio de Minas y Petróleos, previo acuerdo con el Presidente de la República, adoptar la política sobre exploración, explotación, transporte, refinación, beneficio, transformación, distribución y producción de minerales, de hidrocarburos y de sus derivados, y, en general, sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables".

En aquella oportunidad, la Corte dijo:

> "Cuando el artículo 1° del Decreto 3161 dice que corresponde "al Ministerio de Minas y Petróleos, previo acuerdo con la Presidencia de la República, adoptar la política de aprovechamiento total los recursos naturales no renovables, está reconociendo, simplemente que el segundo es la 'suprema autoridad administrativa' del Estado, (artículo 120 de la Constitución), y el primero es jefe superior de la administración en su ramo, (art. 135 del citado Estatuto), y por lo mismo tiene competencia legal para escoger la orientación, la tendencia o la concepción general en materia de minas y petróleos que mejor se acomode al espíritu y a las conveniencias nacionales, para efecto de traducirlas mediante la presentación al Congreso de las reformas legislativas pertinentes. Adoptar una política es escoger una tendencia para trocarla en regla de derecho siguiendo los caminos constitucionales. Este es el principio que domina el pensamiento jurídico universal y es el que inspira la norma comentada. Ello es indispensable por parte del Presidente de la República y del Ministerio de Minas y Petróleos para poder cumplir con el deber previsto en el ordinal 3°, del artículo 118 de la Constitución, que dice: 'corresponde al Presidente de la República en relación con el Congreso:...'.".

Y antes había dicho la Corte en la misma sentencia:

"de manera, pues, que al reorganizarse por el Decreto 3161 de 1968 el Ministerio de Minas y Petróleos, el Presidente de la República hizo uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967 y de la atribución constitucional de distribuir los negocios entre los órganos o dependencias del mismo, cumpliendo un proceso de desconcentración del poder y descentralización de servicios, *sin que pretendiera modificar el régimen legal de exploración y aprovechamiento de las minas y yacimientos mineros, pre-existente.*". (Subraya la Sala).

El alcance de la decisión de la Corte, perfectamente aplicable al caso en la medida en que se trataba del juicio de una norma muy parecida a la contenida en el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, es claro. Según ella, la facultad de adoptar políticas consistía en la posibilidad de determinar la orientación de la gestión de la administración en el sector de minas, petróleos y energía, mediante la preparación de proyectos de reforma legislativa, según fuesen necesarios para la adecuada implementación de políticas dentro de los caminos señalados por la Constitución, sin que, por el hecho de habérsele otorgado tal función al Gobierno, se pretendiera modificar la legislación entonces vigente sobre la materia.

Interpretación que comparte la Sala, pero que considera necesario precisar, por cuanto la facultad de adoptar políticas, además de lo dicho por la Corte, conlleva la de realizar todas las gestiones y actuaciones de inspección, control, vigilancia, planeación, coordinación y dirección de las entidades adscritas y vinculadas, todo lo cual se deberá hacer de conformidad con las normas vigentes, sin que tal facultad conlleve en si misma la de modificar el régimen legal vigente, pre-existente, sobre la materia. Así, la adopción de políticas, como función de gobierno, no es más que la facultad de guiar el rumbo de acción y gestión administrativa de cada entidad, sin perjuicio de la legislación superior. Es más, la adopción de políticas debe hacerse dentro del marco constitucional y legal existente, es decir, ciñéndose a los parámetros fijados por el legislador en cada oportunidad. Cosa bien diferente es que, en desarrollo de su función de adoptar políticas, pueda el ejecutivo preparar proyectos de ley para presentar al congreso modificando tal legislación, o expedir actos que desarrollen normas superiores en las cuales se haya consagrado previamente una política, es decir, un rumbo de acción de la gestión administrativa. Todo ello en consonancia con el Decreto 1050 de 1968 sobre normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional, y en particular con su artículo 3° sobre funciones de los Ministerios y Departamentos Administrativos.

Al expedirse la Ley 1a. de 1984 se modificó de alguna manera lo anterior? En opinión de la Sala no fue así, si se tienen en cuenta los antecedentes y naturaleza de esta disposición. En efecto, la Ley 1a. de 1984 es una típica disposición de aquellas que fija la estructura administrativa y las funciones de las dependencias del Estado, dictada por el Congreso en desarrollo de las facultades consagradas en el ordinal 9° del artículo 76 de la Constitución. Su propósito no fue el de crear situaciones jurídicas, derechos u obligaciones nuevas para los administrados, sino

apenas el de reorganizar la administación para un mejor funcionamiento del Ministerio de Minas y Energía.

Con la simple lectura de los antecedentes legislativos se confirma lo anterior. En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, se afirmaba que el Ministerio "no cuenta con las herramientas modernas de organización que garanticen el suficiente nivel de eficiencia requerido para el cumplimiento de sus funciones", y en las ponencias para primer y segundo debates en el Senado se dijo: "resulta inaplazable la aprobación del proyecto de reestructuración administrativa sometido a nuestra consideración". (Ambas transcripciones tomadas de Historia de las leyes. Legislatura de 1984, Tomo I, 1986).

Para la Sala es claro, en consecuencia, que ni del texto del ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, ni de la intención del legislador, se desprende que la facultad de "adoptar la política nacional" consagrada en tal disposición tenga un alcance diferente a aquel explicado por la Corte Suprema de Justicia en 1969, con las precisiones que aquí se introducen.

En consecuencia, repite la Sala, la adopción de políticas conlleva la facultad de emprender las acciones, tomar las decisiones y realizar las gestiones necesarias para el adecuado funcionamiento de la administración en su campo de competencia. Dentro de tal función, y en desarrollo de lo dispuesto por el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, está la de expedir los decretos reglamentarios para la cumplida ejecución de las leyes, es decir, de aquellas normas en las cuales el legislador dejó consagrados sus criterios y decisiones en materia de minas, hidrocarburos y energía eléctrica, las cuales constituyen el derecho objetivo en este campo. Pero tales funciones de adopción de políticas no pueden entenderse nunca en el sentido de que a través de ellas se puedan desarrollar o regular materias no reguladas previamente por el legislador, pues ello implicaría violar el artículo 55 de la Carta; ni pueden entenderse tampoco en el sentido de que la adopción de políticas permita de manera alguna modificar leyes preexistentes, pues ello iría en contra del mismo artículo 55 y del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución, ni menos aun podrá interpretarse en el sentido de que se esté facultando al ejecutivo para legislar en temas no regulados por la ley, pues ello violaría el numeral 11 del artículo 76. En otras palabras, la facultad de adoptar políticas que el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 otorga al Ministerio de Minas y Energía no es más que un reconocimiento a la capacidad de esta entidad de realizar las acciones o de expedir los actos necesarios para la adecuada ejecución de las *leyes vigentes* en materia de recursos naturales no renovables. Dicha disposición es reglamentable en cuanto a las formas y procedimientos que el Ministerio ha de seguir para efectos de la adopción de políticas, pero nunca puede tomarse como base para el desarrollo de situaciones jurídicas que no estén previstas previamente en otras leyes. Todo esto sin perjuicio claro está, de la facultad que tiene el Ejecutivo de preparar proyectos de ley contentivos de nuevas políticas, para su adopción mediante Ley por el Congreso.

Tampoco puede entenderse tal facultad, como parece insinuarlo el señor representante de la Nación, en el sentido de que a través del mencionado ordinal del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 se le estén dando al ejecutivo facultades reglamentarias ilimitadas en todo lo referente a los sectores de minas, hidrocarburos y energía pues, de ser así, nos encontraríamos ante la injurídica situación en la cual, a través de dicha ley, se habrían derogado prácticamente la totalidad de las leyes sustanciales sobre estos temas, dándole al ejecutivo la facultad, so pretexto de "adoptar la política nacional", de expedir normas en todos los frentes de la actividad humana en el sector, sin ningún marco legal material que limite tal potestad. La Sala se permite recordar que el citado ordinal, de acuerdo con tal interpretación, autorizaría al Ministerio de Minas y Energía para expedir decretos reglamentarios, sin límite legal alguno, en todo lo referente a "actividades técnicas económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país...". Tamaña conclusión desvertebraría los principios básicos sobre los cuales se sustenta nuestro Estado de Derecho y el régimen constitucional.

3. ***El Decreto 128 de 1986***

Mediante el Decreto No. 128 de 11 de enero de 1986, el Gobierno Nacional dijo reglamentar la Ley 1a. de 1984, en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoductos de uso privado y terminales. Así, en ejercicio de la potestad reglamentaria, y aduciendo que el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 facultaba al Ministerio para adoptar la política en materia de transporte de hidrocarburos, y que se hacía necesario reglamentar la forma en que el Ministerio ejercería tal facultad, se tomaron una serie de decisiones en materia de operación y mantenimiento de oleoductos de uso privado, de terminales de transporte y de otras materias relacionadas.

Para la Sala es claro que no existía la facultad aducida por el Gobierno al expedir el Decreto 128 de 1986, ni tampoco norma alguna de jerarquía legal que autorizara, de manera explícita o implícita, que el mantenimiento y operación de oleoductos de uso privado se hiciera a través de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni menos aún existía autorización legal para entrar a legislar sobre una materia no regulada en ninguna ley preexistente sobre este tema. Por el contrario, y tal como lo afirma el demandante, los artículos 45 y 46 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) establecen el derecho que tienen los explotadores de petróleo procedente de concesiones nacionales o de yacimientos reconocidos como de propiedad particular, para construir y beneficiar uno o más oleoductos de los denominados como de uso privado, para el servicio de su propia explotación. Y el hecho de que tales artículos 45 y 46 se refieran a petróleos provenientes de concesión o de yacimientos de propiedad privada en nada afecta las conclusiones de la Sala, pues la norma impugnada claramente se refiere a aquellos oleoductos definidos como de uso privado, sin hacer distinción sobre la proce-

dencia del crudo, ya se trate de concesiones, asociaciones o yacimientos de propiedad privada.

Tal como se expresa en los apartes anteriores de las consideraciones de la Sala, el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 no puede utilizarse para ejercer una supuesta potestad reglamentaria en temas no regulados por la ley, o regulados por ella en forma contraria, ni menos aún puede entenderse que allí se faculta al Ministerio de Minas y Energía para reglamentar *ad-libitum* en desarrollo de su facultad de adoptar políticas. Así las cosas no existe ni un fundamento jurídico, ni una norma de jerarquía legal que se reglamente, sobre los cuales pudiera haberse basado el Ministerio de Minas y Energía para la expedición del Decreto 128 de 1986. Es tan claro lo anterior, que la misma norma demandada acepta la inexistencia de ley previa que reglamentar, cuando, en su último considerando, afirma: "Que *debe establecerse el marco jurídico*, dentro del cual el Ministerio de Minas y Energía pueda desarrollar las políticas de dicho servicio público".

Se pregunta la Sala si es posible jurídicamente que sea la norma reglamentaria la que establezca el marco jurídico dentro del cual se va a adoptar una política, la cual posteriormente se adopta por la misma norma reglamentaria. Dicha aseveración contradice la esencia misma de la potestad reglamentaria, pues de manera expresa reconoce la inexistencia de una ley a reglamentar. Tal eventual ley, de existir, sería precisamente la que establecería el marco jurídico para su ejecución y para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y es entonces tal inexistencia de un marco jurídico previo, la que impedía la expedición del decreto demandado.

Repite una vez más la Sala que la potestad reglamentaria, para la cumplida ejecución de las leyes, requiere de una ley previa que deba ejecutarse, y que una disposición que, de manera genérica autoriza al Gobierno para adoptar política en materia de hidrocarburos como es el caso del ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, no puede entenderse como la ley material o sustancial a ejecutar porque, si así fuera, se estarían violando normas superiores de la Constitución. En consecuencia, al expedir el Gobierno el Decreto 128 de 1986 con base en las facultades que supuestamente le otorgaba el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, violó los artículos 55 de la Constitución Nacional en cuanto invadió la órbita de competencia reservada al legislador, así como el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, por cuanto excedió sus facultades reglamentarias, al pretender reglamentar una ley cuyo alcance no le autorizaba para ello. Finalmente violó también el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, por cuanto dio a tal norma un alcance diferente y mayor al que realmente tiene, y al así hacerlo contradijo abiertamente su texto y espíritu. Por ello, procederá su anulación.

4. ***La propiedad privada***

Ha dicho el actor que las disposiciones impugnadas contradicen el artículo 30 de la Constitución Nacional, en cuanto desconocen la propiedad, y otros

derechos adquiridos en virtud de disposiciones anteriores, posición esta contradicha en la impugnación y en el concepto de la fiscalía, con el argumento de que el Decreto 128 en nada toca la propiedad de los oleoductos, sino se limita a asignar su operación y manejo a Ecopetrol.

Es claro para la Sala que los artículos 45 y 46 del Decreto 1056 de 1953 otorgaron a los explotadores de petróleos, en las condiciones allí consagradas, los derechos a construir y beneficiar oleoductos de uso privado, y que esta última expresión claramente conlleva el derecho a explotar tales bienes, con las limitaciones que pudiesen surgir de las leyes sobre la materia o de las disposiciones pertinentes del Código Civil. Al otorgar a un tercero, por virtud de un simple decreto reglamentario, la facultad de operar y mantener bienes adquiridos o construidos al amparo del Código de Petróleos, se privó a sus propietarios de uno de los atributos fundamentales inherentes al derecho de propiedad, cual es el de su beneficio o explotación, contradiciéndose así un claro mandato constitucional. Y si, además de lo anterior, se tiene en cuenta que no existía ley previa que de una u otra forma condicionase el ejercicio de tal derecho, es aún más de bulto la contradicción anotada, procediendo también, por tal razón, la anulación solicitada.

5. ***Otras consideraciones***

Tanto en la demanda, como en la contestación a ella, así como en las correspondientes alegaciones de conclusión, los señores apoderados entran a plantear otros argumentos, ya para atacar, ya para defender el Decreto 128 de 1986. La Sala estima, sin embargo, que aun a pesar de la importancia de lo expuesto, no es necesario entrar a considerar tales alegaciones, por cuanto considera que los cargos estudiados de la demanda son suficientes para acceder a lo solicitado.

Sin embargo, considera la Sala necesario precisar algunos aspectos de su decisión, particularmente en lo referente al parágrafo 2° del artículo 1°, y a los artículos 3° y 7° del decreto que se anulará, pues las anteriores normas se limitan a reproducir otras disposiciones de índoles legal o reglamentario consagradas en la legislación vigente sobre la materia.

Dado que ellos se refieren a las nuevas funciones que, al tenor del artículo 1° del Decreto 128 de 1986 tendría que asumir la Empresa Colombiana de Petróleos, y que es en función de tal facultad y dentro del contexto de la norma demandada como ellos han de comprenderse, su anulación se entenderá como referida exclusivamente a dichas funciones.

No quiere ello decir que se estén anulando otras disposiciones de contenido similar o igual, ni mucho menos que se esté privando al Ministerio de Minas y Energía, o a su Dirección General de Hidrocarburos, de las facultades de exigir el cumplimiento de las normas técnicas sobre la materia, ni que estos no puedan ejercer las funciones de fiscalización y vigilancia que les corresponde, ni que los oleoductos y terminales en operación no continúen sometidos a las normas bajo

las cuales iniciaron sus actividades. Simplemente quiere decir que tales funciones y régimen serán las contenidas en otras disposiciones diferentes a la norma impugnada.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase la nulidad de los artículos 1° a 8° del Decreto 128 de 11 de enero de 1986, "por el cual se reglamenta la Ley 1a. de 1984, en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoductos de uso privado y terminales".

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 4 de diciembre de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz,* Aclaro el voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* Salvo el voto; *José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* Salvo de voto; *Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *José Padilla Villar,* Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure, Ausente; Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta,* Con salvamento de voto; *Rodrigo Vieira Puerta,* Salvo el voto; *Diego Younes Moreno,* Con salvamento de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ HIDROCARBUROS - (Aclaración de voto)

Aunque por razones diferentes, comparto la decisión adoptada por la Sala al declarar la nulidad del Decreto 128/86. Ello, porque a mi juicio el Presidente de la República sí hizo uso equivocado de la potestad reglamentaria, no porque la Ley 1a./84 no permita ser reglamentada, sino porque se apartó de la facultad que tiene para señalarle al Ministerio por vía reglamentaria las orientaciones, los criterios y los principios generales que este organismo debe tener en cuenta al adoptar una política. En su lugar, el Ejecutivo optó por restringir directamente la actividad del transporte de crudos, dar orientaciones al Ministerio, señalar requisitos para la celebración de contratos y asignar funciones al Ministerio y a algunas de sus dependencias, lo cual es ajeno al señalamiento de políticas.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo .- Bogotá, D.E., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-156. Actor: Carlos Holguín Holguín.

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala dentro de este proceso, me separo de algunas de las razones contenidas en la parte motiva do la providencia, como se anota a continuación:

1. Considera la Corporación que no es suficiente para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, que la Ley 1a. de 1984 le haya asignado al Ministerio de Minas y Energía la función de adoptar la política nacional en materia de transporte de hidrocarburos porque "su propó-

sito no fue el de crear situaciones jurídicas, derechos u obligaciones nuevas para el administrado, sino apenas el de reorganizar la administración para un mejor funcionamiento del Ministerio de Minas y Energía... pero tales funciones de adopción de políticas no pueden entenderse nunca en el sentido de que a través de ellas se puedan desarrollar o regular materias no reguladas previamente por el legislador..." (folios 253 y 254).

Sinembargo, en mi opinión, si bien es cierto que la facultad de adoptar políticas no puede entenderse en el sentido de que ella -permita modificar leyes preexistentes -como a renglón seguido lo dice la sentencia- también lo es que el Presidente de la República al reglamentar la ley sí le puede señalar al Ministerio las orientaciones, los criterios y principios que debe atender al adoptar la política nacional sobre la materia. Aceptar el criterio restrictivo que contiene la sentencia, según el cual para que se pueda adoptar una política en materia de transporte de hidrocarburos se requieren desarrollos legislativos adicionales a los contenidos en la Ley la. de 1984, significa, no solo cercenar la potestad reglamentaria e impedir la aplicación de una ley vigente, sino establecer -en ausencia de tales desarrollos legislativos- la imposibilidad de que el país pueda contar con una política en un campo tan vital y de tanta importancia para el -país, como el petrolero, con todas las repercusiones que de ello se derivan.

2. Aunque por razones diferentes, comparto la decisión adoptada por la Sala al declarar la nulidad del Decreto 128 de 1986. Ello, porque a mi juicio el Presidente de la República sí hizo uso equivocado de la potestad reglamentaria, no porque la Ley la. de 1984 no permita ser reglamentada, sino porque se apartó de la facultad que tiene para señalarle al Ministerio por vía reglamentaria las orientaciones, los criterios y los principios generales que este organismo debe tener en cuenta al adoptar una política; vale decir, una estrategia, frente a las realidades y necesidades presentes y futuras del país en materia petrolera. El Ejecutivo en lugar de señalar esas orientaciones, esos criterios, esos principios generales, optó por restringir directamente la actividad del transporte de crudos, dar orientaciones al Ministerio, señalar requisitos para la celebración de contratos y asignar funciones al Ministerio y a algunas de sus dependencias, lo cual es ajeno al señalamiento de políticas; y si lo fuera, no hay que olvidar que el legislador le asignó al Ministerio y no al Presidente, la facultad de adoptarlas. En materia de distribución de competencias y de funciones administrativas, al igual que en la jurisdiccional, no tiene cabida el principio de que "quien puede lo más, puede lo menos"; esa distribución hace imposible que el superior asuma funciones o facultades que la Constitución o la ley ha reservado a sus subalternos.

3. No considero afortunado ni lógico el alcance que le da la Corte a la expresión "adoptar la política nacional" contenido en la transcripción de folios 251 y 252, en cuanto la identifica y limita a la facultad de presentar al Congreso las reformas legislativas pertinentes. Si ello fuere así, en qué quedaría la iniciativa que el Ejecutivo tiene en materia legislativa? Tampoco comparto, del todo, la precisión que sobre el particular hace la Sala a folio 253; pues se refunden dentro

del concepto de "adoptar políticas", actividades puramente administrativas e incluso de policía administrativa, como las de "inspección, control y vigilancia". Tampoco creo que las políticas que se adopten puedan referirse exclusivamente a las "entidades adscritas y vinculadas" y que "como función de gobierno, no es más que la facultad de guiar el rumbo a la acción y gestión administrativa de cada entidad" (folio 253), pues es innegable que en materia de tanta trascendencia para la vida económica del país, dichas políticas deben comprender igualmente a los particulares que se dedican a cualquiera de las actividades a que se refiere el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984.

Joaquín Barreto Ruiz.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ HIDROCARBUROS/ POLICIA ADMINISTRATIVA/ ECOPETROL - Facultades (Salvamento de voto)

El gobierno en el presente asunto excedió la facultad reglamentaria que tenía con fundamento en la Ley 1a. de 1984, porque so pretexto de su ejercicio pueden desconocer derechos adquiridos de los propietarios de los oleoductos definidos como de uso privado por el código de petróleos. En este sentido me parece clara la nulidad del artículo 1° del Decreto 128 de 1986 impugnado. Disponer que la operación y mantenimiento de tales oleoductos se efectuará a través de Ecopetrol, implica, nada más y nada menos, una expropiación sin indemnización. El decreto no debió anularse en su integridad porque contiene ciertas previsiones de policía administrativa que no está afectada de ilegalidad.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Bogotá, D.E., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-156. Actor: Carlos Holguín Holguín. Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena el 6 de diciembre de 1990.

En primer lugar, reitero lo que expuse en mi salvamento de voto suscrito el día 22 de enero del presente año y elaborado en relación con la sentencia de 14 de los mismos mes y año (Proceso S-157). Así, mantengo mi posición doctrinaria en torno a lo que entiendo por adoptar una política; igualmente insisto en el carácter de ley cuadro que tiene la Ley 1a. de 1984.

Lo anterior no me impide aceptar que el gobierno en el presente asunto excedió la facultad reglamentaria que tenía con fundamento en la citada ley, porque so pretexto de su ejercicio pueden desconocer derechos adquiridos de los propietarios de los oleoductos definidos como de uso privado por el código de petróleos. En este sentido me parece clara la nulidad del artículo 1° del Decreto 128 de 1986 impugnado. Disponer que la operación y mantenimiento de tales oleoductos se efectuará a través de Ecopetrol implica, nada más y nada menos, una expropiación sin indemnización.

Lo enunciado pone de presente la infracción de los artículos 30 y 31 de la Carta.

Estimo entonces que estos aspectos debieron tocarse en el fallo cuestionado.

Considero también que el decreto no debió anularse en su integridad porque contiene ciertas previsiones de policía administrativa que no están afectadas de ilegalidad; y que su anulación puede crear el equívoco de que no tienen aplicación hacia el futuro.

En este orden de ideas, son legales los mandatos contenidos en los dos parágrafos del artículo 1°. No existe en esto una contradicción porque en estricta técnica dichos parágrafos no tienen el carácter de tales, sino que son normas que tienen vida propia y no dependientes del artículo 1°.

Tampoco existe motivo de orden legal o constitucional para anular los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8° y 9°. Anularlos porque, como lo afirma la sentencia "se limitan a reproducir otras disposiciones de índole legal o reglamentaria consagradas en la legislación vigente sobre la materia", es un exceso en el poder anulatorio, con el peligro de que en el futuro se entorpezca la labor del Ministerio de Minas y de Ecopetrol con la alegación por los administrados de los efectos *erga-omnes* de su nulidad. Asimismo se corre el peligro que mañana se alegue que como las anuladas eran posteriores y derogatorias de la legislación preexistente, esta no subsista.

Con todo respeto, creo que solo debió anularse el artículo 1° del Decreto 128 de 11 de enero de 1986, con exclusión de sus dos parágrafos, que son autónomos e independientes.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ HIDROCARBUROS/ ECOPETROL - Facultades/ **DERECHOS ADQUIRIDOS** - (Salvamento de voto)

Que el Decreto 128 de 1986 dispusiera "la operación y mantenimiento de los oleoductos definidos como de uso privado por el Código de Petróleos, destinados al transporte de crudos y terminales cuyo funcionamiento se inicie con posterioridad a la vigencia de este decreto, se efectuará a Ecopetrol", no significa que afecte *per se* derechos adquiridos y que vulnere el principio básico de la propiedad privada consagrado por el artículo 30 de la Constitución Nacional. Se trata de una simple particularidad para el mantenimiento y operación de esos oleoductos y de esos terminales. No se ve que se haya ido más allá del poder reglamentario. Un decreto reglamentario puede conferir a su turno la facultad de reglamentar -o subreglamentar- a un organismo del Estado, dentro del moderno criterio de la desconcentración administrativa.

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

A LA SENTENCIA DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORPORACION DE FECHA SEIS (6) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA (1990).

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Radicado No. S-156. Actor: Carlos Holguín Holguín.

El suscrito consejero, muy respetuosamente, se permite consignar su cordial disentimiento con la mayoría de la Sala que acogió las tesis sostenidas en la providencia arriba referenciada, por las siguientes razones:

1a. El acto acusado en la demanda -Decreto número 128 de 1986- no sólo fue dictado por el Gobierno -presidente de la República y ministro de minas y energía- "en uso de las facultades que le otorga el numeral 3° del art. 120 de la Carta fundamental, sino ante la necesidad de reglamentar el literal a) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984 en lo atinente a *"dar incentivos a la industria colombiana para buscar su vinculación al transporte de hidrocarburos, de acuerdo con los requerimientos de orden técnico y económico y a las nuevas condiciones del país en esta materia"* y al establecimiento de un *"marco jurídico, dentro del cual el Ministerio de Minas y Energía pueda desarrollar las políticas de dicho servicio"*. Lo subrayado es lo más importante de la motivación del acto y a sus palabras y al sentido y propósitos que éstas contienen ha debido atenerse la Sala al examinar si los mismos extralimitaron o no las atribuciones que la Constitución vigente confía al Jefe del Estado, del Gobierno y de la Administración para "la cumplida ejecución de las leyes".

La motivación de un acto administrativo, de cualquier clase que éste sea, y sobre todo la motivación expresa como en el caso que se analiza, encierra el carácter de elemento de la expresión de voluntad de la Administración, porque es el fundamento de su actividad, actividad que se presume legítima como antecedente, como premisa fáctico-jurídico del pronunciamiento de que se trate.

2a.) El Decreto 128 de 1986 reglamenta pues el *modus operandi* para que el Ministerio de Minas y Energía pueda adoptar políticas en torno al sistema de crudos de uso privado y terminales. Adoptar políticas, como lo consagra la Ley 1a. de 1984, no es sólo guiar el rumbo de acción y de gestión para una posterior consideración del Congreso, como lo cree el fallo del que disiente, sino algo más pragmático respecto a algo que no puede esperar, y de allí que el decreto reglamentario, en lo que hace al uso de oleoductos de uso privado, marca una formación práctica de encauzar la política en ese rubro por parte del Ministerio. Para el suscrito, la Ley 1a. de 1984 sí modificó sustancialmente los alcances del Decreto 1050 de 1968 en materia de petróleos y gas natural, porque sería anacrónico pensar de otro modo en esta época, distinta a la de 1968, cuando la rapidez se hace más urgente, más pronta, más expedita, lo que la aleja de lo que por naturaleza es dilatado, demorado, lento, como es el trámite para que algo se convierta en ley de la República a través del Congreso.

Contrariamente a lo que piensa la mayoría en la sentencia en comento, el suscrito consejero está persuadido de que la Ley 1a. de 1984 así tuvo la intención, y la llevó a cabo, de crear situaciones jurídicas más modernas, más cónsonas con la época, estatuyendo derechos y obligaciones nuevas para los administrados, al señalar facultades o funciones para el mejor funcionamiento del Ministerio de Minas y Energía de manera que respondiera más ágilmente a las exigencias de la época, en materia de tanta trascendencia como es la de los petróleos y demás hidrocarburos. En otras palabras, la Ley 1a. de 1984 obedeció a una inteligencia más contemporánea, más acorde con los tiempos en que fue expedida, y por eso le dio un realce a lo que debe entenderse por REESTRUCTURACION ADMI-

NISTRATIVA, que no ha de consistir en algo mecánico, sometido a cada paso, a decisiones que haya de someter al legislativo, donde la indispensable flexibilidad se eclipse, máxime si se tiene en cuenta que las leyes tienen tendencia a la perpetuidad.

3a. Que el Decreteo 128 de 1986 dispusiera "la operación y mantenimiento de los oleoductos definidos como de uso privado por el Código de Petróleos, destinados al transporte de crudos y terminales *cuyo funcionamiento se inicia con posterioridad a la vigencia de este decreto,* se efectuará a la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-", no significa que afecte *per se* derechos adquiridos y que vulnere el principio básico de la propiedad privada consagrado por el art. 30 de la Constitución. En primer lugar, porque la frase que se ha subrayado en la transcripción indica muy claramente que su aplicación se hará respecto a los oleoductos y terminales "cuyo funcionamiento *se inicie* con *posterioridad*" a la vigencia del decreto, o sea que en lo atinente a los que venían funcionando no rige la disposición y, por tanto, seguirán operando y mantenidos por sus respectivos dueños de acuerdo al Código de Petróleos. Y en segundo término, porque en nada se afecta la concesión o permiso obtenidos por los particulares para los nuevos oleoducto y terminales -cuyo uso privado se mantiene-, debido a que en la nueva concesión o permiso se habrá de señalar que su operación y mantenimiento se hará a través de ECOPETROL. No hace a ECOPETROL dueño o propietario del oleoducto o de la terminal, ni "estatiza" sus usos, sino que su operación y mantenimiento "se efectuará a través de ECOPETROL. Sólo -se repite- su operación y mantenimiento, no su uso privado. De suerte que no hay conflicto de derechos particulares con cuestiones de índole pública, sino una simple particularidad para el mantenimiento y operación de esos oleoductos y de esos terminales, en aras a la uniformidad que debe haber en ese campo en algo tan trascendental para la economía nacional como son el petróleo y el gas natural. No se ve, por consiguiente que, por este aspecto, se haya ido más allá del poder reglamentario que otorga la Constitución al presidente de la república.

4a. Tampoco se ve por la circunstancia de que el decreto permita en su parágrafo 1° del art. 1° que ECOPETROL pueda contratar asesoría y asistencia técnica para ese mantenimiento y para esa operación siempre que se cumplan los requisitos del art. 3° de la Ley 10 de 1961, y muchísimo menos se ve este pretendido vicio de ilegalidad o de inconstitucionalidad porque el parágrafo segundo precise que los oleoductos y terminales que estén en operación al entrar en vigencia el decreto "continuarán sometidos a las normas bajo las cuales iniciaron sus actividades"; antes por el contrario, está corroborando, por así decirlo, el deseo de la Administración de respetar los derechos adquiridos por los particulares, con justo título, en lo que hace a oleoductos y terminales de uso privado.

5a. Los demás artículos del decreto simplemente son desarrollo de las condiciones, requisitos y pautas que el Ministerio de Minas y Energía debe exigir para las contrataciones que haga ECOPETROL para la asesoría y asistencia técnica que permitan a ECOPETROL la operación y mantenimiento de los oleo-

ductos y terminales de crudos que se establezcan con posterioridad, y no hay en ello el menor atisbo de quebranto de las normatividades constitucionales o legales qué el fallo observa.

6a. Un decreto reglamentario puede conferir a su turno la facultad de reglamentar -o subreglamentar- a un organismo del Estado, dentro del moderno criterio de la desconcentración administrativa. Y que quede claro que esta tesis que sostiene el suscrito no desnaturaliza el criterio tradicional del poder reglamentario, sino que tiende a su *actualización;* obedece a los tiempos que corren y responde a una visión más contemporánea a las realidades del mundo, a lo que no puede sustraerse el juzgador de la época contemporánea. Una administración de justicia anclada en el pasado, en conceptos arcaicos que se dictaron en una época distinta a la que se vive, no responde, no llena las exigencias de la historia, que requiere más dinamismo.

No es que el suscrito sea heterodoxo. La ortodoxia jurídica y conceptual reposa en una aptitud de amoldarse, porque la justicia es algo vivencial y es, *per se,* de interés prevaleciente.

Cordialmente.

Alvaro Lecompte Luna.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ HIDROCARBUROS - (Salvamento de voto)

Hecha la confrontación del alcance de la ley reglamentada, con lo dispuesto en el reglamento demandado, se observa que no hubo exceso de la potestad reglamentaria, entre otras razones, porque: a) Trazados por el legislador los rasgos principales de la política que debía adelantarse en los frentes enlistados en los literales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a./84, le corresponde al ejecutivo reglamentar la ley desarrollando lo que está implícito en ella, su aspecto teleológico, moviéndose con desenvoltura y agilidad, como lo hizo al expedir el decreto demandado. Esta necesidad es la que lleva al intérprete a predicar que es la materia reglamentable la que determina el alcance mayor o menor del decreto reglamentario; b) Es ajustada a la Constitución y a la ley la norma reglamentaria en cuanto le permite al Ministerio de Minas, el fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país, tener en cuenta las necesidades actuales y también las futuras para el abastecimiento interno; c) No puede confundirse el poder que tiene el gobierno para adoptar una política sobre la materia, con la situación regulada por el legislador en el artículo 27 del Código de Petróleos, que se ordena a garantizar el flujo normal de las regalías, impidiéndole así al explotador que maneje a su antojo el frente sensible de la producción.

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo.- Bogotá, D.E., febrero primero (1o.) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-156. Actor: Carlos Holguín Holguín.

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria, adoptada por la Sala Plena el día seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa (1990), pues como reiteradamente lo expuse ante la Corporación, la Ley 1a. de 1984, tiene la naturaleza de una ley marco. Aunque su constitucionalidad puede ser controvertida, por varios aspectos, ello no empece su reglamentación mientras la H. Corte Suprema de Justicia no se pronuncie sobre su real alcance jurídico.

Manejando la anterior perspectiva jurídica, me limito a recoger, en este salvamento de voto, aspectos que considero sustanciales en la valoración de las distintas circunstancias del caso, las cuales consigné en la ponencia que presenté para fallar el presente proceso y que no fueron acogidos por la Sala Plena. En ella se discurría dentro del siguiente universo:

1o. EXAMEN DE LOS CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO. A) A través de ellos se afirma la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto 196 de 1968, por violación de los artículos 20, 55, 56, 57 en relación con el artículo 76 de la Constitución Nacional y de los numerales 3° y 21 del artículo 120 de la misma. También del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984.

El enjuiciamiento hecho a la luz de la anterior normatividad impone el estudio del alcance de la potestad reglamentaria, pues a lo largo de la demanda el actor predica que el Gobierno la excedió al adoptar disposiciones de carácter legislativo que reforman los códigos y las leyes vigentes, aspectos que sustenta a lo largo de su discurso con el manejo de distintas perspectivas jurídicas.

Sobre la materia la Sala desea reiterar que es verdad jurídica que la potestad reglamentaria no puede exceder el alcance y contenido de la ley que reglamenta, como lo recuerda el demandante, pero que es igualmente cierto que esa tarea exige que se desarrolle "...tanto lo que está expreso en la ley como lo que va implícito en ella, en condiciones tales que el reglamento no debe acomodarse exclusivamente a la expresión literal de la norma, puesto que si esa apenas fuera su función, implicaría una simple reproducción de ella...". (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Noviembre 23 de 1984. Expediente No. 4429. Consejero Ponente: Dr. Samuel Buitrago). "La potestad reglamentaria es la atribución que tiene el gobierno de expedir normas generales, impersonales y abstractas a fin de que las leyes tengan un debido cumplimiento; tal potestad es de la esencia misma de la función administrativa que sin ella no podía desarrollarse. Kelsen afirma que el poder reglamentario es el primer acto de ejecución de la Ley y Hauriou por su parte afirma que el reglamento emana de la naturaleza misma de las cosas. En efecto: es imposible que la ley contemple toda las reglas de detalle necesarias para su debida aplicación, el casuísmo en la ley es indicio claro de una falta de técnica legislativa, en consecuencia, la función de hacer operante la norma legislativa en cuanto a los detalles la cumple el reglamento, es decir, la ley sienta los principios generales y el reglamento los desenvuelve en sus pormenores... Pero es evidente también que en la tarea reglamentaria el gobierno debe desarrollar no sólo lo que hay expreso en la ley sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma regla-

mentada aunque las palabras no lo expresen, en forma tal que el reglamento no debe atenerse básicamente a la expresión literal de la norma porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad teniendo en cuenta desde luego siempre el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la Ley que se reglamenta seria la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica sería también totalmente negativa" (Anales del Consejo de Estado. No. 437 y 438. Primer Semestre 1973, págs. 202 y 203).

Dentro del marco anterior es posible concluir, también, como lo enseña el profesor GONZALO TORRES ZULETA, que: "NO ES EL PODER REGLAMENTARIO SUSCEPTIBLE DE AMPLIACION: ES LA MATERIA REGLAMENTARIA LO QUE DETERMINA QUE EL EJERCICIO DE ESA FACULTAD SE MANIFIESTE EN MAYOR O MENOR GRADO NORMATIVO" (La Potestad Reglamentaria del Jefe del Estado, Temis, 1979, pág. 138).

Finalmente, y para hacer claridad en el *sub-lite,* la Sala reitera también su pauta jurisprudencial en el sentido de que no puede confundirse la potestad reglamentaria de que trata el artículo 120 ordinal 3° de la Constitución Nacional, con la ampliada que surge del artículo 32 de la misma. En este sentido, esta Corporación, en fallo de veinte (20) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), con ponencia del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro, destacó:

> "Estructurado el proceso de intervención en la forma de mandato legislativo y adopción por el ejecutivo de las medidas intervencionistas, *es claro que el Gobierno al determinar estas medidas no está ejerciendo la función ordinaria de reglamentar la ley (Art. 120, Ord 3° de la C.N.) sino ejecutando un mandato que lo capacita para regular discrecionalmente, con el propósito señalado por el legislador y en el grado y oportunidad que éste determine, el desarrollo de la intervención, EN EJERCICIO DE UNA POTESTAD REGLAMENTARIA AMPLIADA, que emana del artículo 32 de la Carta que da a estas disposiciones fuerza especial en su poder normativo...* Los reglamentos que desarrollan la intervención tienen una naturaleza jurídica propia. Se trata de un poder reglamentario que podría llamarse "poder normativo gubernamental", que se ejerce en forma de reglamentos, pero que tiene, dentro de la órbita que le señala el legislador, la misma fuerza normativa de la ley.
>
> "El mandato legal de intervención, habilita al Gobierno de un poder normativo especial, y da a los reglamentos dentro del campo económico intervenido, fuerza de ley, porque en otra forma se haría nugatorio el principio de la intervención que autoriza la Carta.

"Por otra parte el mandato legal no se agota por su ejercicio, ni tiene límite en el tiempo, o sea que los reglamentos son modificables por nuevos reglamentos, mientras esté vigente el mandato de intervención" (Subrayas de la Sala).

B) Hecha la confrontación del alcance de la Ley 1a. de 1984, artículo 3° literales a) y k), con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, y 4°, del Decreto 196 de 17 de enero de 1968, el sentenciador encuentra que en el caso en comento no hubo exceso de la potestad reglamentaria, en los distintos rubros que el demandante presenta en los cargos primero y segundo, por las siguientes razones:

PRIMERA. Porque la normatividad reglamentada, en su artículo 3°, literales a) y k) facultó al Ministerio de Minas y Energía para: "Adoptar la Política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos, así como la política sobre generación, transmisión, interconexión, distribución y establecimiento de normas técnicas en materia de electricidad, y, en general sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país, en concordancia con los planes generales de desarrollo". También lo autorizó para: "Fijar, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país y su forma de pago, los precios de venta, y los que correspondan, para los efectos cambiarios y fiscales, a los hidrocarburos de exportación y sus derivados, y los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones".

Históricamente, la filosofía jurídica que se recoge en el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, tuvo su antecedente en el Decreto 2301 de 28 de octubre de mil novecientos setenta y cinco (1975), que también autorizó a la citada dependencia estatal para "ADOPTAR LA POLITICA NACIONAL" en las citadas materias. A su turno, esta normatividad fue dictada por el ejecutivo haciendo uso de las autorizaciones que se le dieron por medio de la Ley 28 de 1974, dentro del marco de lo preceptuado en el numeral 12 del Artículo 76 de la Constitución Nacional.

Agrégase a todo lo anterior que en el Decreto No. 444 de 22 de marzo de 1967, artículos 154 y 162 se autorizó al referido ministerio para determinar los volúmenes de producción que los explotadores deban vender para la refinación en el país y para fijar los precios correspondientes. En el inciso final, del último artículo citado, se definió que: "El gobierno, mediante decreto reglamentario, ...determinará los sistemas que deban aplicarse para señalar los precios de los crudos destinados a la exportación y a la refinación en el país".

SEGUNDA. Porque ADOPTAR UNA POLITICA en las materias indicadas en la Ley 1a. de 1984, no puede ser, como lo predica el demandante, con cita jurisprudencial de apoyo tomada del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, el día veinte (20) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969),"ESCOGER LA

ORIENTACION, LA TENDENCIA o LA CONCEPCION GENERAL EN MATERIA DE MINAS Y PETROLEOS QUE MEJOR SE ACOMODE AL ESPIRITU Y A LAS CONVENIENCIAS NACIONALES, PARA EFECTO DE TRADUCIRLAS MEDIANTE LA PRESENTACION AL CONGRESO DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS PERTINENTES". Si este fuera el real alcance del concepto podría concluirse que resultaría innecesaria la normatividad que se ocupara de autorizar esa tarea, pues por mandato constitucional el poder ejecutivo tiene iniciativa legislativa para proceder en el sentido indicado, sin necesidad de norma particular que reitere la facultad. ADOPTAR UNA POLITICA, haciendo un análisis de la proposición normativa a través de la cual se expresó el legislador, es tener abiertas las puertas para hacerle frente a todas las circunstancias que en el presente o en el futuro exijan ser reguladas en el campo de la exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos. En materias tan sensibles, para la economía del país, es fácilmente comprensible que el gobierno no pueda afrontar una crisis nacional o internacional acudiendo sólo al expediente de presentar un proyecto de ley al Congreso, que es de tramitación dilatada en el tiempo. Si el intérprete se detiene en el estudio del alcance del artículo 3° del Decreto 1050, de julio cinco (5) de mil novecientos sesenta y ocho (1968), literal e), encuentra que en ese momento en el tiempo físico el legislador consideró que los ministerios podían "CONTRIBUIR A LA FORMULACION DE LA POLITICA DEL GOBIERNO EN LA RAMA O RAMAS QUE LES CORRESPONDEN Y ADELANTAR SU EJECUCION...", perspectiva que se cambió con la expedición del Decreto 2301 de 28 de octubre de 1975, que habla ya de "ADOPTAR LA POLITICA NACIONAL". En apoyo de esta pauta jurisprudencial viene la INTENCION DEL LEGISLADOR, que aunque no siempre útil, resulta para este caso especialmente ilustrativa. Al examinar los antecedentes de la Ley 10 de 1984 se observa que tanto en la exposición de motivos, hecha en su momento por los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, como en las ponencias respectivas que se prepararon para los debates reglamentarios en la Cámara y el Senado, se destacó en todo momento la urgencia y conveniencia de que sus OBJETIVOS GENERALES se concretaran a "...un esfuerzo mancomunado que conjugue grandes inversiones de capital nacional y extranjero, políticas agresivas de exploración, explotación y comercialización, un programa de recursos humanos y la indispensable adecuación institucional del Sector" (Historia de las Leyes. Legislatura de 1984, Tomo 1, pag. 64). También en la ponencia para primer debate en la Cámara de representantes se consignó: "...la necesidad de reestructurar este Ministerio ha sido impuesta por diversas razones que centran su causa fundamental en la pasada crisis energética mundial y sus efectos de diverso orden en nuestro país. Ahora bien, si en el sector de la minería no se ha presentado una crisis de mayores proporciones, no es menos cierto que hoy en día los países industrializados, por encima de su interés en el nivel de los precios, privilegian sus acciones con miras a garantizar el abastecimiento seguro de las materias primas que demandan sus economías, lo cual ha generado una gama de modalidades de formas de contratación, negociaciones, acuerdos, tratados y convenios que pretenden la explotación de los recursos dentro de reglas de juego estables y satisfactorias para productores y consumidores.

Pero el mercado externo no es la causa exclusiva de las preocupaciones del país, ya que debemos, en forma imperante, satisfacer la demanda energética y minera que requiere nuestro proceso de desarrollo económico y social, razón por la cual todos los esfuerzos que se hagan desde el sector público y privado para fortalecer la economía nacional correrán el riesgo de perderse si no se cuenta con el suministro de energía confiable y de materias primas en condiciones de competencia.

La responsabilidad del Ministerio es de la más alta, ya que debe dirigir y controlar la exploración, explotación, transporte, refinación, beneficio, transformación, distribución y producción de minerales e hidrocarburos y sus derivados, así como lo relativo a las actividades de interconexión y distribución de energía eléctrica, *para lo cual no cuenta con las herramientas modernas de organización que garanticen el suficiente nivel de eficiencia requerido para el cumplimiento de sus funciones...*". (Subrayas de la Sala).

Para la Sala es incuestionable que a través de la Ley 1a. de 1984 el legislador le trazó al gobierno un verdadero programa, señalándole en forma muy general la política que debe seguir en todos los frentes en ella indicados, en concordancia con los planes generales de desarrollo, con lo cual quizo significar que el ejecutivo debía moverse con agilidad y oportunidad para hacerle frente a las exigencias del momento y a las frecuentes crisis internacionales y también nacionales que en materia tan sensible suelen presentarse. Habría sido ingenuo, por decir lo menos, que el legislador de 1984 hubiese fijado precios o los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos debían destinar a la refinación en el país, pues las necesidades del abastacimiento interno cambian con rapidez extraordinaria, no siendo aconsejable ni práctico que para cada circunstancia cambiante sea el congreso, a través de leyes, y no el ejecutivo, a través de decretos reglamentarios, el que maneje la situación. Trazados por el legislador los rasgos principales de la política que debía adelantarse en los frentes en listados en los literales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, le corresponde a aquel reglamentar la ley desarrollando lo que está implícito en ella, su aspecto teleológico, moviéndose con desenvoltura y agilidad, como lo hizo al expedir el Decreto 196 de 1986. Esta necesidad es la que lleva al intérprete a predicar que es la materia reglamentable la que determina el alcance mayor o menor del decreto reglamentario. Esta conclusión no es arbitraria, pues es bien sabido que el lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso, ni completo, ni ordenado. Por ello se enseña que la tarea del juez, en casos como el presente, es hacerlo más riguroso, más completo dentro de lo posible y reducirlo al sistema.

TERCERA. Porque todos los aspectos que el demandante glosa del Decreto Reglamentario No. 196 de 1986, sobre la limitación de la producción de hidrocarburos, opción de venta en favor de Ecopetrol, adquisición de volúmenes distintos de los necesarios para la refinación, señalamiento de precios para los mismos, facultad del Ministerio de Minas y Energía para determinar los volúmenes de producción de petróleo, teniendo en cuenta las características de los yacimientos, la recuperación de las inversiones y la autosuficiencia de crudos en el

futuro del país, lo mismo que la facultad que se da a la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural para que indique a ECOPETROL los mecanismos aplicables en caso de que existan excedentes para exportación, etc. etc., encuadran dentro de la amplia tarea que el legislador le dio a esa dependencia oficial al autorizarla para ADOPTAR LA POLITICA NACIONAL en las materias reguladas en los literales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984. Por lo demás, todo indica que en todos esos rubros no sólo no se extralimitó el gobierno, al reglamentar la ley, sino que adoptó, en el momento oportuno, medidas convenientes y necesarias para la economía del país. Cómo cuestionar, por ejemplo, la política que se orienta a mantener la autosuficiencia en el sector de hidrocarburos, o la que se proyecta a la generación de excedentes para la exportación? Cómo censurar la toma de medidas rápidas y convenientes para incentivar la explotación de petróleo en las concesiones aún existentes? Las condiciones cambiantes de la demanda y de la oferta del mercado del petróleo no toleran la adopción de medidas retardadas, como serían las que podría tomar el legislativo si para el manejo de cada circunstancia urgente y particular se demandara con rigidez su intervención, su actuación a través de leyes. La historia reciente muestra que a finales de 1985 los principales países exportadores de la OPEP pusieron en marcha una guerra de precios orientada a recuperar su cuota en el mercado, todo lo cual incidió en la balanza de pagos del país, no obstante la herramienta legal importante que tiene el Ministerio de Minas y Energía para el manejo de situaciones de tal naturaleza. El alcance de la potestad reglamentaria, de leyes como la 1a. de 1984, que autoriza al gobierno para ADOPTAR POLITICAS, es trascendental, habida consideración de que ella le permite moverse en todos los frentes de la actividad petrolera, y con la prontitud que las urgencias del momento demandan. En esta materia no puede perderse de vista que el petróleo es hoy por hoy el principal generador de los excedentes financieros requeridos por la econo-mía, pues financia sus programas y proyectos y suministra los fondos para fortalecer el fisco nacional y para apoyar el desarrollo de otros sectores. Por todo lo anterior bien cabe concluir que cuando el legislador dicta normas generales, impersonales y abstractas, haciendo uso de tal literatura, se está descargando de una serie de tareas típicamente administrativas, aumentando así la responsabilidad del gobierno.

La Sala encuentra ajustada a la Constitución y a la ley la norma reglamentaria en cuanto le permite al Ministerio de Minas y Energía, al fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país, tener en cuenta las necesidades ACTUALES y también las FUTURAS para el abastecimiento interno. Esa pauta no merece censura sino alabanza, pues el legislador de hoy no puede limitarse a ESTAR EN LA SOCIEDAD, ya que ésto sólo le exige un conocimiento parcializado de las necesidades del momento. Su gran tarea consiste en que sepa colocarse también a DISTANCIA DE ELLA, pues sólo así le será posible anticipar LAS NECESIDADES con el fin de pergeñar de inmediato las soluciones. La filosofía del instante no puede ser la que informa al gobernante pues ella resulta caótica para la estabilidad de la sociedad misma. "Pocas veces una forma de sociedad ha necesitado tanto un legislador y/u ope-

rador del derecho específicamente nominado y preparado, como lo requiere la nuestra. Si antes el devaluado elitismo se apoyaba sobre las escasas posibilidades de alcanzar ciertos conocimientos, hoy, cuando el círculo de los conocedores ha sido ampliado por la técnica a esferas incalculablemente masivas, los factores de selección nominativa tienen que recurrir a circunstancias particulares *que otorgan a ciertos hombres una singular predisposición para ver la sociedad en perspectiva, a pesar de estar dentro de ella...* Un bioquímico que se limita a estar en la sociedad, puede hacer grandes descubrimientos; un arquitecto que se limita a estar en la sociedad, puede levantar bellos edificios; pero muy discutible *que quien simplemente está en la sociedad, SIN REFLEXIONAR PROYECTIVAMENTE SOBRE ELLA CON PERSPECTIVA*, pueda construir derecho a entender el derecho proyectado para poder operarlo..." (El Derecho y la Obra. Carlos Creus. Editorial Astrea, págs. 79 y ss.ss.).

CUARTA. Porque como ya se precisó en antes, el literal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, facultó al Ministerio de Minas y Energía para "Fijar, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país y su forma de pago, los precios de venta, y los que correspondan, para los efectos cambiarios y fiscales, a los hidrocarburos de exportación y sus derivados, y los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones".

El análisis histórico sobre tan importante materia muestra que antes de 1967 los precios del petróleo en su estado natural, llamado crudo, y en sus posteriores estados, denominados refinados o derivados, eran CONTRACTUALES y tomaban como referencia los valores del catálogo o boletín internacional, los cuales se recogían en los contratos de concesión, que constituían sistemas para percibir regalías o participaciones o para pagar impuestos. A raíz de la entrada en vigencia del Decreto Ley No. 444 de 1967, el Ministerio del ramo quedó autorizado para señalar los precios de los crudos que adquiera el país para su refinación y consumo. En el desarrollo del Decreto 444 de 1967, se expidió luego el Decreto 2008 del mismo año, que en su artículos 2° y 3° dispuso:

> "Según lo establecido en el artículo 162 del Decreto Ley 444 de 1967, funcionará en el Ministerio de Minas y Petróleos una Comisión de Precios, integrada así..." "Artículo 3° corresponde a la Comisión de Precios:
>
> "a) Señalar los volúmenes de producción que los explotadores de petróleo deben vender para la refinación en el país;
>
> "b) Determinar los precios a los cuales debe venderse dicho petróleo;
>
> "c) Liquidar el precio en moneda nacional de la parte del referido petróleo cuyo valor deba cubrirse en dicha moneda, y
>
> "d) Fijar para efectos fiscales los precios de exportación de crudos".

El examen de la realidad histórica muestra que en 1974 se dictó el Decreto 693, en virtud del cual se atribuyó al referido Ministerio la función de determinar, de acuerdo con la aludida Comisión, "LA ESTRUCTURA DE PRECIOS DEL CARBON Y DE SUS DERIVADOS Y LOS DE DISTRIBUCION AL POR MAYOR Y AL CONSUMIDOR, DE TODOS LOS PRODUCTOS DERIVADOS DEL PETROLEO Y DEL GAS". Vino luego el Decreto 844 de 1975 que derogó el Decreto 2008 de 1967 y reglamentó los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967 y los Decretos 1978 y 1999 de 1974. En el artículo 8° del mismo, se dispuso:

"Corresponde a la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, mediante resolución motivada señalar:

"a) Los volúmenes de producción de petróleo crudo que los explotadores deben vender para la refinación interna... c) El precio al cual deben venderse el petróleo crudo destinado a la refinación interna y el gas natural asociado o no asociado destinado al tratamiento o utilización en el País... e) *los precios de exportación del petróleo crudo y del gas natural asociado o no asociado, para EFECTOS FISCALES Y CAMBIARIOS...*".

Dentro del marco legislativo anterior es fácil concluir que no le asiste la razón al demandante cuando predica que la actividad del gobierno, en cuanto hace relación con la fijación de precios, se limita a los solos "EFECTOS CAMBIARIOS Y FISCALES" y a los "VALORES QUE HAYAN DE REINTEGRARSE CUANDO LA PRODUCCION NO SE PROCESE EN EL TERRITORIO NACIONAL...". Y se afirma lo anterior, porque desde que se expidió el Decreto 444 de 1967, la Comisión de Precios podía, como ya se destacó en antes, determinar los precios a los cuales deben venderse el petróleo destinado a la refinación y también el correspondiente para efectos fiscales, es decir, que tenía amplio campo de acción dentro de esas dos perspectivas. Esa misma filosofía se consagra en el literal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, pues bien leída la norma es fácil tener la comprensión de que en esa normatividad se contemplan tres situaciones sobre el particular, a saber:

a) Los precios de venta;

b) Los precios de venta que correspondan, para efectos cambiarios y fiscales; y

c) Los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones.

Esta verdad lleva a concluir que en el literal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, no se registra ningún espacio de limitación, como lo afirma el demandante, y que, por lo mismo, el decreto reglamentario no va más allá de la ley en la materia.

QUINTA. La Sala no encuentra que se haya excedido la potestad reglamentaria porque el artículo 3° del Decreto No. 196 de 1986 le haya dado a ECOPETROL la PRIMERA OPCION DE COMPRA de los volúmenes de hidrocarburos que no se destinen a la refinación interna, pues dada la entidad de la ley reglamentada, es perfectamente viable y de recibo que el gobierno brinde esa posibilidad de contratación a la citada empresa. En los tiempos que corren el contrato no se informa ya en la filosofía liberal que dejaba a las partes amplia libertad para obligarse, pues el estado interviene cada día más en su estructura y alcance. Ello explica que por razones de interés prevaleciente se prorroguen ciertos contratos privados por mandato de la ley y se determine por ésta el campo de acción en que pueden moverse las partes en materia de precios, etc. En el caso en comento, la Sala encuentra que la PRIMERA OPCION DE COMPRA dada a Ecopetrol se imponía para la adecuada ejecución de la Ley la. de 1984, y, por lo mismo el reglamento podía consagrarla. Se detecta en ello una intervención ordenada, seria y eficaz.

C) Se hace énfasis en la demanda en la tesis de que en virtud de la Ley la. de 1984 se reformó la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía y se determinaron sus funciones, con lo cual el Congreso hizo uso de la facultad que le corresponde a la luz de lo preceptuado en el numeral 9° del artículo 76 de la Constitución, para enfatizar luego en la tesis de que dentro de ese marco constitucional las leyes, por ser solamente orgánicas, no tienen por finalidad el señalamiento o la modificación de las atribuciones del Presidente y de los demás funcionarios públicos, atribuciones o poderes que requieren en el estado de derecho de mandatos expresos de la Constitución y de la ley. Se concluye afirmando que "...los decretos que dicte el Gobierno en desarrollo de las leyes expedidas por el Congreso con base en el numeral 9° del artículo 76, no son propiamente los decretos reglamentarios del numeral 3°; sino decretos complementarios de las leyes que estructuran la administración nacional y que debe adoptar el Gobierno según el numeral 21 del artículo 120 de la Carta, para completar esa estructura".

Para la Sala la Ley 1a. de 1984, no es simplemente orgánica del Ministerio de Minas y Energía. Ella fue mucho más allá al señalar entre las funciones de la citada dependencia de la de ADOPTAR LA POLITICA NACIONAL en todos los campos que se enlistan en el literal a) del artículo tercero y en el k) de la misma normatividad. Si al proceder así el legislador excedió la órbita constitucional en que podía moverse, no es conflicto que deba desatar esta jurisdicción.

Finalmente, no encuentra la Sala que en el caso en comento el gobierno nacional haya hecho uso de facultades extraordinarias o que se hubiese movido dentro de las posibilidades constitucionales que el demandante enlista al sustentar el segundo cargo, bajo el numeral VI. Por ello, todas las divagaciones que el actor hace en torno a los artículos 76, numerales 4°, 11, 12 y 22 y el 80, numeral 6° de la Carta, no vienen bien al caso.

2o. *EXAMEN DEL TERCER CARGO*. Se afirma en la demanda que el Decreto 196 de 1986, al reglamentar las disposiciones de los artículos 154 y 162 del Decreto Extraordinario No. 444 de 1967, infringe directamente esta normatividad, lo mismo que lo preceptuado en los artículos 46 y 159 del mismo estatuto y el artículo 16 del Código de Petróleos. Se precisa luego que habida consideración de que el Decreto 196 de 1986, establece que el Gobierno podrá "...adquirir volúmenes adicionales a las necesidades de refinación en el país..." y "...fijar los precios a que éste deba pagarse...", se violan las disposiciones del inciso 2° del artículo 154...", pues la ley no autoriza la venta de divisas para estos volúmenes adicionales y ellos, en consecuencia no podrán pagarse en moneda extranjera".

La Sala no hace suya esta perspectiva de interpretación, pues la adquisición de los volúmenes de petróleo, adicionales a las necesidades de refinación en el país, no siempre tienen que pagarse en moneda extranjera. A esta conclusión se llega después de leer el inciso primero del artículo 154 del Decreto 444 de 1967, que es claro al definir que esta última posibilidad sólo se abre paso cuando "EL GOBIERNO AUTORICE". Si esta circunstancia legal no se da, el pago necesariamente tiene que hacerse en moneda colombiana. La Sala encuentra conforme a la lógica de lo razonable lo expuesto sobre este particular por el procurador judicial de la Nación Ministerio de Minas y Energía, cuando destaca que lo preceptuado en el artículo 6°, del literal c), del Decreto 444 de 1967, sólo tiene vocación para ser aplicado cuando se adquiera el petróleo crudo en el extranjero, pues en Colombia no existe norma constitucional ni legal que obligue al pago en divisas de ese combustible.

En este cargo se hacen consideraciones de fondo respecto del alcance del artículo 16 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), para destacar que existe libertad de exportaciones de petróleo "...las cuales no requieren permiso escrito de la Oficina de Registro de Cambios..." para concluir luego afirmando que: "...no es obligatorio reintegrar al país la moneda proveniente de tales exportaciones, salvo cuando el gobierno lo exija, según lo aconseje la situación de la balanza de pagos, caso en el cual será necesario reintegrar al país hasta una cuarta parte del valor de dichas exportaciones...".

Para el sentenciador es verdad jurídica que la libertad a que se hace referencia en el párrafo anterior existe, pero es para ella igualmente cierto que para que se pueda hacer uso de la misma, se impone que las necesidades presentes y futuras del país toleren un margen de exportación, pues si así no ocurre, nada se puede exportar. No cabe afirmar, como lo hace el demandante, que los explotadores de petróleo, con la normatividad acusada, están perdiendo "...su derecho a disponer libremente de los volúmenes de producción que excedan las necesidades de refinación internas..." pues si ellos los requiere el país para la satisfacción de sus necesidades, ningún interés particular podrá prevalecer sobre los de la comunidad. No tendría sentido alguno, ni sería una buena política de gobierno, aquella que permitiera la exportación de los volúmenes que no se destinan a la refinación interna, para luego tener que adquirirlos en el exterior, con el consi-

guiente desembolso de divisas, con la incidencia que esto último tiene en la economía del país. El Derecho, enseñaba Holmes, no es lógica sino experiencia, y ésta demanda que el juez se ocupe de la valoración de todas las circunstancias particulares del caso, con entidad de hechos notorios, al desatar conflictos de intereses como el presente.

Tampoco es de recibo para el sentenciador la tesis expuesta en la demanda por el actor cuando afirma que a la luz de lo dispuesto en el decreto reglamentario, los "... explotadores de petróleo pierden su derecho a disponer libremente de los volúmenes de producción que excedan las necesidades de la refinación internas, derecho que está amparado por las normas del Decreto 444 de 1967 y del Código de Petróleos". Sobre este particular la Sala reitera lo que ya expuso en antes, en el sentido de que esa facultad o derecho subjetivo sólo es viable en la medida en que las necesidades presentes o futuras del país no demanden otra cosa. Mucho menos cabe alegar que en el caso en comento se registre un derecho para los propietarios, de aquellos que deben ser EXPROPIADOS en virtud de la expedición de leyes expedidas por motivos de utilidad pública o de interés social y con PREVIA INDEMNIZACION. En este particular la Sala hace suya la perspectiva doctrinaria que la Sala de Consulta fijó en CONCEPTO rendido el día once (11) de marzo de mil novecientos setenta y dos (1972), Radicación No. 561, Consejero Ponente Dr. Alberto Hernández Mora, donde en lo pertinente se lee:

> "Tanto en el caso de las cláusulas propiamente reglamentarias de la concesión como en el de las leyes que rodean el contrato y determinan su ambiente jurídico, *el concesionario no tiene derechos subjetivos emanados del contrato sobre situaciones jurídicas generales creadas por la ley existente al momento de contratar, y aunque se alegaren siguiendo un extremo y excluyente razonamiento civilista, de todas maneras se estaría frente a un conflicto entre derechos privados y la necesidad pública, en el que la nueva ley sería de inmediata y general aplicación por ser de evidente interés social y además de orden público.*
>
> "La mención que en los contratos administrativos hagan los contratantes a la ley vigente, y aún su expresa incorporación al contrato como cláusulas de éste, nada cambia en el aspecto indicado, *ni hace perder a la ley su naturaleza jurídica, para convertirla en el caso concreto en una mera estipulación contractual solo modificable por la voluntad común de los contratantes o para EXONERAR A LOS CONTRATANTES DE LA APLICACION DE LA LEY FUTURA*. Tampoco priva a la administración de su derecho, ni la libera de la obligación, de aplicar en forma general e inmediata la nueva ley.
>
> "Por ser creación exclusiva del Estado y dictadas en ejercicio de su poder de imperio, las leyes vigentes incorporadas a los contratos al tiempo de su celebración, crean para los contratantes un *status* legal que rebasa la situación jurídica concreta creada por el acuerdo particular de voluntades en virtud de las verdaderas cláusulas contractuales.

"Se comprende así fácilmente que la jurisprudencia y los autores hayan considerado siempre que la incorporación en los contratos particulares de las leyes vigentes al tiempo de su celebración, no tiene otro alcance que el reglamentario e interpretativo de la voluntad que las partes hayan querido expresar, *y que esto no significa que tales leyes puedan ser tomadas como verdaderas cláusulas contractuales, de naturaleza y alcance semejantes a las que deben su origen al asentimiento privado.*" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de octubre 1o. de 1956).

Además:

"Si los particulares pueden obligarse a todo aquello no prohibido por las leyes, *la administración no puede hacer sino lo que la autorice o mande la ley. Entre sus facultades no está la de convenir contractualmente LA PERMANENCIA DE UNA NORMA LEGAL O LA DE RESTAR EFECTO GENERAL A LA LEY FUTURA.* Semejante estipulación sería contraria al orden público y al interés general que expresa la ley, al ordenamiento constitucional que da al legislador la facultad de hacer las leyes y de reformar o derogar las existentes.

"La función administrativa se limita a dar cumplimiento a la ley.

"Solo cuando la ley expresamente lo autorice, y la estipulación contractual sea desarrollo particular y directo de la facultad dada por el legislador, la administración puede crear en los contratos que suscriba, situaciones individuales subjetivas que la nueva ley debe respetar.

"La revocatoria del acto reglamentario, como ya se explicó anteriormente, no borra en lo pasado los efectos jurídicos ya producidos, que la propia ley autorizaba. En este caso, no se desconoce la competencia constitucional del legislador, sino que se cumple la voluntad por éste expresada en la ley.

Anota el Profesor Jèze:

"Un primer punto debe ponerse fuerza de toda discusión. El contrato de concesión no puede comprometer la competencia legal de las autoridades para dictar las leyes y reglamentos, necesarios para el interés público. En particular, el poder reglamentario de policía de la administración o su poder legislativo o reglamentario de establecer o modificar los impuestos, no resulta limitado en forma alguna a raíz de la concesión, *CUALESQUIERA SEAN LAS CLAUSULAS INCLUIDAS EN EL ACTO DE CONCESION, AUN CUANDO DICHO ACTO ESTIPULE EXPRESAMENTE UNA LIMITACION.* La medida general de interés público, dispuesta por la autoridad (concedente o no concedente) en ejercicio de su competencia legal, es válida y regular. *Una competencia reglamentaria no puede ser comprometida por su titular*" (Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo V., pág. 14).

En concepto de octubre 29 de 1970, dijo esta Sala:

"Si en ciertos casos los reglamentos pueden dar lugar a la adquisición de derechos en el pasado por aplicación de sus normas a casos concretos, jamás pueden adquirirse derechos sobre el reglamento mismo y éste puede en todo momento ser derogado o modificado. La administración que al dictarlo ejerce una competencia de derecho público tampoco podría obligarse a mantener el reglamento en el futuro, porque éstas competencias no son susceptibles de estipulación contractual". (Anales del Consejo de Estado. 1972 Primer Semestre. pág. 54 y siguientes. Subrayas de la Sala).

La filosofía jurídica anterior, aunque hace referencia al contrato de concesión, es aplicable a todas las relaciones jurídicas negociales, pues, se repite, por medio de estipulaciones acordadas por las partes no es posible definir que en el futuro no se cambiará la ley o que ésta no tendrá aplicación inmediata. "...la administración no puede limitar los órganos del Estado en el ejercicio de sus competencias constitucionales...", se destaca también en el fallo en antes citado.

3o. *EXAMEN DEL CUARTO CARGO*. Se afirma en la demanda que el Decreto Reglamentario No. 196 de 1986, viola el artículo 30 de la Constitución Nacional y el 38 de la Ley 153 de 1887, por las razones que se indican en la literatura a través de la cual se estructura este cargo, el cual tampoco está llamado a prosperar, pues siendo incuestionable que el petróleo que corresponda a los explotadores de hidrocarburos, es decir, a los propietarios privados, concesionarios y titulares de los contratos de asociación, es de su propiedad, ello no empece para que el gobierno, haciendo uso de la facultad que le dio la Ley 1a. de 1984, para adoptar la política nacional en todas las materias señaladas en la misma, pueda, a través de decretos reglamentarios limitar la producción de petróleo, disponer que la Comisión de precios del Petróleo y del Gas Natural indiquen los mecanismos aplicables en caso de que existan excedentes para la exportación, establecer opciones de compra en favor de Ecopetrol sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna y a los precios que rijan para éste, como ya se explicó en detalle al estudiar los anteriores cargos.

Como ya se expresó en antes, tampoco cabe afirmar que en cuanto el decreto reglamentario se "...aplique a los contratos vigentes, viola igualmente el artículo 30 de la Constitución Nacional, porque los derechos que surgen de los contratos tienen igualmente el carácter de situaciones jurídicas concretas e individuales y de derechos adquiridos que no pueden ser modificados por leyes posteriores...", como se destaca en el libelo. En el concepto emitido por la SALA DE CONSULTA, que en antes se transcribió, se recuerda, al estudiar la situación planteada, que las consecuencias jurídicas que se desprenden son otras. Allí se lee:

"Como todos los contratos se rigen por la buena fe y la equidad, y debe estarse a la intención de las partes, *la variación de la ley, o de las circunstancias concomitantes, daría lugar a los consiguientes reajustes o compensaciones entre los contratantes, y eventualmente a CONDENAS INDEM-*

NIZATORIAS, siempre que se compruebe por el perjudicado que sus obligaciones contractuales se han agravado más allá del límite del álea normal que debe soportar todo contratante, y que en consecuencia, se ha roto el equilibrio económico del contrato considerado al momento de la convención, como sucede en las estipulaciones sobre reajuste futuro de precios en los contratos de obra pública...".

4o. *EXAMEN DEL QUINTO CARGO*. Se sostiene en la demanda que el decreto reglamentario viola el artículo 27 del Decreto 1056 (Código de Petróleos), por cuanto en éste se dispone que ningún concesionario podrá restringir la explotación de petróleo de su empresa a una cantidad menor de la cuarta parte de la capacidad productora máxima de sus pozos, salvo que lo haga previo permiso del Gobierno, permiso que no podrá exceder de un año en cada caso. Sinembargo -agrega el actor- el explotador se encuentra frente a una situación contradictoria, "...ya que el artículo 27 del Código de Petróleos le prohibe restringir la producción y el artículo1° y su parágrafo del Decreto 196 de 1986 le impone limitaciones en los volúmenes de producción sin fundamento legal".

Estudiado el cargo la Sala encuentra que de la lectura de la normatividad citada no se desprende, *prima facie*, que en puridad de verdad se esté restringiendo la producción de petróleo a una cantidad menor de la cuarta parte de la capacidad productora máxima de los pozos. Las orientaciones que allí se señalan se vinculan estrechamente a la necesidad de satisfacer las exigencias de la demanda ACTUALES y FUTURAS del abastecimiento interno, con el mejor deseo de garantizarle al país su autoabastecimiento. Para la Sala se ajusta a derecho el decreto reglamentario, en el frente cuestionado, pues no puede confundirse el poder que tiene el gobierno para ADOPTAR UNA POLITICA sobre la materia, con la situación regulada por el legislador en el artículo 27 del Código de Petróleos, que se ordena a garantizar el flujo normal de las regalías, impidiéndole así, al explotador que maneje a su antojo el frente sensible de la producción. En este particular también se observa una filosofía sana orientada a mantener el bien común. Pero mientras el particular puede ser controlado, sería inusitado, por decir lo menos, que la administración tuviera trabas para poner en marcha LA POLITICA que las circunstancias exigen en un momento dado. Esto explica muy bien que la normatividad en materia tan sensible pueda y deba ser cambiada con prontitud para mantener en todo momento el control de las distintas circunstancias. Por lo demás, la facultad que se concede al Ministerio de Minas y Energía no podrá ponerse en marcha manejando criterios arbitrarios, pues debe actuar teniendo en cuenta las "necesidades actuales y futuras del abastecimiento interno", "las características de los yacimientos", "la recuperación de las inversiones" y "la autosuficiencia de crudos en el futuro del país", como se lee a lo largo del artículo 1° del Decreto 196 de 1986.

El estudio de la hipótesis normativa no permite concluir, a la luz de la lógica de lo razonable, que el manejo de las citadas pautas legales dé como resultado la reducción de la producción de petróleo a una, cantidad menor de la cuarta parte.

Por qué no sostener también que bien podría darse el resultado contrario, esto es, un incremento sustancial en el referido frente? Todo indica que en este particular lo mejor es no dar entrada a la simple especulación sobre lo que puede ocurrir, pues no hay buenas razones para suponer que en tan delicada materia se impondrá la arbitrariedad y se pondrá en marcha una política insensata para Colombia.

5o. *EXAMEN DEL SEXTO CARGO.* Se estructura este cargo con la tesis de que en el Decreto Reglamentario se establece en favor de ECOPETROL "una opción de compra sobre volúmenes de producción que excede la capacidad de refinación interna...", con lo cual se ha establecido un MONOPOLIO en favor de la citada empresa, "SIN INDEMNIZAR A LOS INTERESADOS, CON EVIDENTE VIOLACION DEL ARTICULO 31 DE LA CONSTITUCION".

La anterior perspectiva jurídica no la comparte la Sala, pues como ya se dijo al inicio de esta providencia, LA OPCION DE COMPRA encuadra dentro del amplio marco legal de ADOPTAR UNA POLITICA NACIONAL, que autoriza la Ley 1a. de 1984. No aparece demostrado, dentro del informativo, que con la vigencia del decreto reglamentario, cuya nulidad se solicita, se esté violando contrato alguno o alterando el equilibrio económico del mismo. En este momento del discurso es tolerado al fallador preguntar? Existe alguna relación jurídica de naturaleza negocial en que se haya pactado que LA OPCION DE COMPRA la tiene persona distinta a ECOPETROL? Si la respuesta fuese positiva, se impondría concluír que la presente demanda no se puso en marcha en ejercicio de la simple acción de nulidad sino de la denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho. Y si no aparece acreditada la violación de ninguna relación contractual, se impone concluír que todos los demás aspectos que la informen es de tipo reglamentario, motivo por el cual puede variarlo el legislador, "...en ejercicio de potestades soberanas e inalienables, o la administración, en desarrollo de los mandatos legales", como se lee en el CONCEPTO de la Sala de consulta a que antes se hizo referencia.

6o. *EXAMEN DEL SEPTIMO CARGO.* Se sostiene en el libelo que el decreto reglamentario viola los artículos 669, 716, 718 y concordantes del Código Civil, en la medida en que se priva a los explotadores de petróleo, sean ellos propietarios privados del mismo, concesionarios o asociados en las participaciones que les corresponden de disponer libremente de los volúmenes de crudo que excedan a las necesidades de la refinación interna.

Para la Sala la limitación a que hace referencia el demandante se justifica por razones de interés prevaleciente. La Administración, en los tiempos que corren, "...actúa para favorecer realmente las condiciones de igualdad entre los ciudadanos, pero de una igualdad sustancial, lejos de aquellas manifestaciones y enunciaciones un tanto abstractas y programáticas del Estado Liberal. La administración tiene como nota sobresaliente en nuestros días la omnicomprensión. Crece día a día y se desarrolla cada vez más; su actividad es cada vez más

amplia...", "... la suprema aspiración de un país no consiste ya en tener una Administración inofensiva, frenada por complicadas normas procesales. Nadie quiere ahora una Administración inocua, sino idónea, rápida y eficaz" (Política y Desarrollo) (Cita tomada de Principios de Derecho Administrativo. Rodolfo Carlos Barra, Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, pág. 55).

La filosofía anterior explica bien el por qué la Sala no considera que en el caso en comento se haya despojado de ningún derecho a persona alguna. En el decreto reglamentario se fijan simplemente pautas, orientaciones, para lograr el bien de la comunidad nacional.

La argumentación que se recoge en la demanda, orientada a convencer de que el acto administrativo carece de la suficiente motivación y también de que ella es falsa, no es de recibo. Las distintas circunstancias invocadas por el gobierno para motivar el Decreto No. 196 de 17 de enero de 1986, tienen universo de recibo. Es incuestionable que todos los aspectos relacionados con la operatividad, la comercialización, la refinación y exportación del petróleo, son particularmente sensibles para la economía del país. En esta materia baste recordar que al iniciarse el año de 1980 Colombia registraba un considerable déficit comercial en cuanto a petróleo y sus derivados. Las importaciones de crudo y gasolina superaban ampliamente las exportaciones de combustóleo o fuel-oil, con impactos en la cuenta corriente del orden de los seiscientos millones de dólares. Es igualmente notorio que en los últimos tres años se ha incrementado la importancia de las actividades del sector petrolero en la economía, como efecto del sustancial aumento en la producción y en las exportaciones de crudo. La elevada producción de petróleo en 1986 y 1987 contribuyó a mejorar la participación del sector minero en el Producto Interno Bruto (PIB), así como a la diversificación de la estructura exportadora del país. Se ha logrado hoy la autosuficiencia en los abastecimientos de petróleo y Colombia ha podido contar con mayores ingresos a nivel de las regiones productoras, la empresa estatal y el fisco nacional. En la Memoria al Congreso Nacional, correspondiente al año de 1989, el Sr. Ministro de Minas y Energía destaca: "LAS INVERSIONES EN LOS DIFERENTES RUBROS DE LA INDUSTRIA PETROLERA Y LOS INGRESOS DE EXPORTACION HAN TENIDO TAMBIEN UN CONSIDERABLE IMPACTO EN LOS ASPECTOS MONETARIO, CAMBIARIO, FISCAL Y REAL" (Obra citada pág. 92). Todo indica que al logro de tan excelentes resultados ha contribuido, en buena parte, la legislación que el país se ha dado en los últimos años sobre la materia. Para la Sala la motivación que se recoge en el decreto reglamentario es REAL y SUFICIENTE. En el se destacan muy bien las CAUSAS O MOTIVOS que lo inspiraron, por lo cual no es de recibo el cargo de falsa motivación.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

DERECHOS ADQUIRIDOS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ HIDROCARBUROS - (Salvamento de voto)

La Ley 1a. de 1984 es una ley marco, lo cual tiene como consecuencia un margen mayor de potestad reglamentaria para el ejecutivo. El decreto acusado precisó con claridad que los oleoductos y teminales que estén en operación, continuarán sometidos a las normas bajo las cuales iniciaron sus actividades. También expresa que las disposiciones que él contiene se aplican a los oleoductos privados "cuyo funcionamiento se inicie con posterioridad a la vigencia de este decreto", lo cual deja a salvo las situaciones anteriores a su vigencia, y muestra la preocupación por salvaguardar derechos adquiridos.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR DIEGO YOUNES MORENO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente S-156. Actor: Carlos Holguín Holguín.

De la manera más respetuosa, me separo de la decisión adoptada mayoritariamente por la Corporación, por las siguientes razones:

1o. El punto fundamental del asunto gira en torno del ordinal 3° del artículo 120 de la Carta que le otorga al Presidente de la República la facultad de "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Por consiguiente es necesario explorar la fuente jurídica que pueda existir para la reglamentación.

Esas fuentes son:

1o. La Ley 1a. de 1984, que en su artículo 3°, le señala al Ministerio de Minas, además de las funciones que le asigna a todos los Ministerios el Decreto Ley 1050 de 1968, las funciones de:

> a) Adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos, así como la política sobre generación, transmisión, interconexión, distribución y establecimiento de normas técnicas en materia de electricidad, y, en general sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país, en concordancia con los planes generales de Desarrollo.
>
> e) *Dictar los reglamentos* y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la exploración, 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. (Se subraya).

2o. Como en el decreto acusado se reglamenta 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" es conveniente precisar su naturaleza jurídica.

Es por su contenido una ley orgánica que desarrolla la estructura de la administración nacional, y tiene origen constitucional, en el ordinal 9° del artículo 76 de la Carta, que atribuye al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.

Esta Ley, como lo dice la exposición de motivos de la Reforma Constitucional de 1968, de la cual proviene el mencionado canon, es una ley marco, lo cual tiene como consecuencia un margen mayor de potestad reglamentaria para el ejecutivo. En la exposición de motivos de tal innovación se lee lo siguiente sobre el particular:

> art. 7o. Las reformas contempladas en el artículo 76 implican una nueva concepción de las atribuciones que correspondan a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público en el estado moderno, cuando éste ha asumido importantes funciones en los campos económico y social antes vedados a los Estados no intervencionistas.

> Los cambios propuestos parten de la idea básica de que en materias económicas, fiscales y *administrativas* el legislador debe limitarse a *señalar pautas generales al Ejecutivo, dictando únicamente la orientación política* en dichas materias (atribuciones 9a., 10a., y 22). *Es al gobierno al que le corresponde desarrollar y ejecutar esa política* porque es el que cuenta con el personal y los medios técnicos requeridos para dar adecuada y oportuna respuesta a los problemas que la vida contemporánea plantea en los campos señalados... (se subraya).

3o. Tal y como lo expresé en la oportunidad en que se discutió en la Sala este tema, considero que el decreto acusado precisó con claridad en su artículo 1°, parágrafo 2°, que los oleoductos y terminales que estén en operación, continuarán sometidos a las normas bajo las cuales iniciaron sus actividades. También el artículo 1°, expresa que las disposiciones que él contiene se aplican a los oleoductos privados "...cuyo funcionamiento se inicie con posterioridad a la vigencia de este decreto...", lo cual deja a salvo las situaciones anteriores a su vigencia, y muestra la preocupación por salvaguardar derechos adquiridos.

Diego Younes Moreno

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR RODRIGO VIEIRA PUERTA

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-156. Actor: CARLOS HOLGUIN HOLGUIN.

Con el debido respeto, me permito discrepar de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena el 6 de diciembre de 1990, acogiendo las razones expuestas en el salvamento de voto del H. Consejero CARLOS BETANCUR JARAMILLO, al cual me adhiero.

Es necesario destacar sí, que el ejercicio de la potestad reglamentaria, utilizada por el Gobierno en relación con la Ley 1a. de 1984, por medio del decreto enjuiciado, es susceptible, por el contenido de su previsión primera, de vulnerar claros mandamientos de orden constitucional y legal, tutelas de la propiedad privada, si se advierte que interferir los oleoductos definidos como privados, con facultades conferidas a la Empresa Colombiana de Petróleos, equivale a desustanciar los atributos del derecho de dominio, particularmente el jus utendi.

Atentamente,

Rodrigo Vieira Puerta.

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia/ **DEROGATORIA** - Efectos/ **SENTENCIA DE NULIDAD** - Efectos

Aun a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que se hubiesen expedido durante su vigencia.

HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades/ **ECOPETROL** - Facultades

En ningún momento puede entenderse la facultad de adoptar políticas por parte del Ministerio de Minas, como la de legislar, modificar las leyes sobre la materia o expedir actos administrativos en temas no cubiertos previamente por leyes preexistentes.

Mientras las normas que se invocan como disposiciones a reglamentar (art. 162 D. 444/67 y ords. a) y k) del art. 3° L. 1a./84) se refieren al volumen de producción que haya de venderse "para la refinación en el país", el artículo 3° del Decreto 196/86 crea, a favor de Ecopetrol, una opción de compra del petróleo "que no se destine a la refinación interna"; es decir, de aquel que, al tenor de los artículos 46 y 162 del D. 444/67, el productor tendría derecho a exportar, luego de haber vendido

lo que hubiese correspondido para la refinación en el país. Se regula, por consiguiente, una situación opuesta y contraria a la prevista en las normas reglamentadas, dándole a ellas un alcance que el legislador nunca quiso que tuviesen. El artículo 4° del mismo Decreto 196/86 tampoco se ajusta a derecho, pues si no existe la facultad de crear la opción a que se refiere el artículo 3°, tampoco existe para determinar los precios de la misma.

DECLARA LA NULIDAD de los artículos 3° y 4° del Decreto 196 de 1986.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., Catorce (14) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. S-157. Actor: ROBERTO BRUCE RAISBECK. Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía.

Con fecha 21 de mayo de 1986, el ciudadano Robert Bruce Raisbeck, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el Decreto 01 de 1984, presentó demanda para que, previo el trámite del proceso ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones:

"A. PETICIONES

"1. Que se declare que es nulo el artículo primero del Decreto Reglamentario 196 de 1986.

"2. Que se declare que es nulo el artículo tercero del Decreto Reglamentario 196 de 1986.

"3. Que se declare que es nulo el artículo cuarto del Decreto Reglamentario 196 de 1986".

Las normas impugnadas dicen:

"Artículo 1°. El Ministerio de Minas y Energía de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, al fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país, tendrán en cuenta las necesidades actuales y futuras del abastecimiento interno; e igualmente, los factores que inciden en la operatividad y mecanismos de comercialización necesarios para que el país garantice su abastecimiento, tanto en la actualidad como en el futuro.

"Parágrafo. El Ministerio de Minas y Energía determinará los volúmenes de producción de petróleo de que trata el presente artículo, teniendo en

cuenta las características de los yacimientos, la recuperación de las inversiones y la autosuficiencia de crudos en el futuro del país.

"Artículo 3°. Con el fin de prever las futuras necesidades de abastecimiento y satisfacer las exigencias de la industria de los hidrocarburos, Ecopetrol tendrá la primera opción de compra sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna y sólo en el evento de que la Empresa en mención, no ejercite esta opción, los particulares podrán exportar los excedentes.

"Parágrafo. La Comisión de precios del Petróleo y del Gas Natural y el Ministerio de Minas y Energía, reglamentarán la forma como se ejercerá la aludida opción.

"Artículo 4°. Los precios correspondientes al petróleo que Ecopetrol compre, en desarrollo del artículo anterior, no podrán ser superiores a los precios que rijan para los crudos que se destinan a la refinación interna."

1. *Alegatos de la parte actora*

El demandante formula ocho (8) cargos en contra de la norma demandada, los cuales pueden sintetizarse así:

a) Existe falsa motivación del Decreto 196 de 1986, por cuanto no hay congruencia entre los considerandos del mismo y su parte resolutiva, llegando incluso a incurrir el Decreto en contradicciones entre ellas;

b) Violación del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, por cuanto el Decreto reglamentario excede con creces a la norma reglamentada, desconociendo los parámetros y limitaciones consagradas en el artículo 162 del Decreto 444 de 1967 y en la Ley 1a. de 1984.

c) Violación del artículo 31 de la Constitución, por cuanto el artículo tercero "está estableciendo un monopolio sin indemnización previa a los individuos que en virtud del mismo queden privados del ejercicio de una industria lícita" (fl. 29).

d) Violación del artículo 76, numeral 4° de la Constitución, por cuanto "el Ministerio ha dictado normas a partir de consideraciones que competen exclusivamente al Congreso, quien en consecuencia es el único competente para proferir dichas normas..". (fl. 31).

e) Violación del artículo 80 de la Constitución Nacional, por cuanto "de la violación del artículo 76 ordinal cuarto de la Carta se desprende la violación al artículo 80 de la misma dada la inobservancia de lo dispuesto en éste". (fl. 33).

f) Violación del artículo 30 de la Constitución, pues al crear una opción de venta "esta consagrando un mecanismo expropiatorio, sin que ley previa hubiese definido los motivos de interés social o de utilidad pública". (fl. 35).

g) Violación del artículo 669 del Código Civil, inciso primero, por cuanto el artículo tercero impugnado impone limitaciones al derecho de dominio, sin una ley previa que las justifique.

h) Violación del artículo 46, inciso primero, del Decreto Ley 444 de 1967, por cuanto "al imponer el artículo tercero del Decreto reglamentario 196 de 1986 (norma de inferior jerarquia que el Decreto Ley 444 de 1967) una limitación al principio de libertad de exportación, por vía diferente a la ley o a un convenio internacional ha violado el artículo 46 inciso primero del Decreto Ley 444 de 1967".

2. ***Alegato de la parte Opositora***

La Nación -Ministerio de Minas y Energía se hizo parte en el proceso a través de apoderado, y en extenso escrito se opone a las pretensiones de la demanda, con argumentos que pueden sintetizarse así:

a) No hay violación por falsa motivación, por cuanto el Ministerio de Minas, al expedir el decreto en cuestión, interpretó las normas superiores de derecho aplicables y procedió en consecuencia a dictar disposiciones claras, ajustadas a derecho, en materia de refinación y comercialización del crudo. Por la misma razón no ha habido violación del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional.

b) No hay violación del artículo 31 de la Constitución, por cuanto, al ser la actividad de refinación un servicio público, el estado puede hacerse cargo de ella, aun cuando respetando los derechos adquiridos por los particulares que los tengan con justo título. Afirma igualmente el opositor que, por tratarse de una acción de nulidad y no una de restablecimiento del derecho, no cabe alegar un posible monopolio estatal, pues no esta demostrado el monopolio.

c) Tampoco cree el opositor que exista violación del artículo 76 numeral 4° de la Constitución, ni del artículo 80 de la misma pues, al no existir ni la Comisión del Plan, ni haberse expedido el Plan General de Desarrollo, los artículos pertinentes no pueden ser violados. Por el contrario, afirma el opositor, el gobierno, haciendo uso de sus atribuciones legales, lo que pretende es aplicar una política petrolera, que no es más que el conjunto de disposiciones administrativas con que se trata de impulsar el desarrollo petrolero en el país

d) No hay violación del artículo 30 de la Constitución, pues la propiedad tiene una función social que limita el ejercicio absoluto de los derechos que de ella emanan. Así, en el caso presente, el gobierno no ha hecho más que desarrollar tal función, a través de la delimitación de los deberes sociales de la propiedad, al amparo de lo autorizado por la Ley 1a. de 1984.

e) No hay violación al artículo 669 del Código Civil, pues el decreto 196 de 1986 no conlleva el desconocimiento de la propiedad privada, sino ha fijado una nueva política para la refinación y comercialización de petróleo.

f) Por último, no hay violación del artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967, por cuanto la libertad de exportación que tal norma establecía fue, según el opositor, derogada por la Ley 1a. de 1984, particularmente en el ordinal e) de su artículo 3°, el cual autorizó la intervención del Gobierno en todo lo atinente a refinación o exportación de crudos.

3. *La vista fiscal*

A folios 124 y siguientes aparece el concepto de la Fiscal Segunda del Consejo de Estado quien, en extenso escrito analiza los argumentos del actor y el opositor, para concluir que los artículos impugnados no infringen las disposiciones constitucionales y legales invocadas, razón por la cual solicita se denieguen las peticiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Puesto que las normas impugnadas se dictaron en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 162 del decreto 444 de 1967, asi como en los ordinales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, para efectos de su decisión la Sala dividirá su análisis en partes, así: Primero: la Sustracción de Materia, Segundo: el alcance del artículo 162 del Decreto 444 de 1967; Tercero: el artículo 3° de la Ley 1a. de 1984; y Cuarto: el Decreto 196 de 1986.

Sustracción de materia

Antes de entrar a considerar el fondo de la litis, considera la Sala necesario estudiar el punto de la eventual sustracción de materia que pudiese haber ocurrido en el caso *sub-judice,* pues es claro que mediante la expedición de la Ley 51 de 1989 se derogó la creación y funcionamiento de la Comisión de Precios del Petróleo y Gas Natural, y se otorgaron a la Comisión de Energía algunas de las funciones que tal entidad hasta esa fecha ejercía, dentro de las cuales estaban aquellas desarrolladas por la norma impugnada. Así, a partir de la vigencia de la mencionada Ley 51, todo lo atinente a la fijación de volúmenes de petróleo crudo necesarios para la refinación interna pasó a ser competencia de la Comisión Nacional de Energía, con los parámetros y criterios generales que tal ley establece, haciendo inócuos por su derogatoria, aquellos contenidos en los artículos 1° y 2° del Decreto 196 de 1986.

Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito "no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden

jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto". (Sentencia de 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387-10861), octubre 12 de 1989 (Exp. 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

> "Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado" (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencias de 9 de julio de 1987, Expediente E-102, 11 de octubre de 1968) y en la cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad.

Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que de un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a *contrario sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente asi se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.

Por las razones expresadas, y aun a pesar de que se considere que los artículos 1° y 2° del Decreto 196 de 1986 hubiesen sido derogados por la Ley 51 de 1989, esta Corporación estudiará sobre la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas, entendiéndose que si prosperara esta última posibilidad, la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieron vigentes.

Alcance del artículo 162 del Decreto 444 de 1967

El análisis sobre el alcance del artículo 162 del Decreto 444 de 1967, particularmente en su inciso segundo, que por su contenido es el más relevante para el caso *sub-judice*, no puede hacerse en forma aislada, sin tener en cuenta lo establecido por los artículos 1°, 46 y 154 del Estatuto Cambiario, pues tales cuatro artículos forman una unidad temática y conceptual a la luz de la cual habrá de estudiarse el alcance real de lo que el artículo 162 establece.

En efecto, los artículos 154 y 162 desarrollan, para el caso del sector de petróleos, uno de los principios generales que emanan de los artículos 1° y 46 del Decreto 444, cual es el referente a la libertad de exportación de los productos nacionales, sin perjuicio de las limitaciones o prohibiciones establecidas por las leyes o los convenios internacionales vigentes, principio este que se enmarca dentro de los criterios rectores y los propósitos generales del Estatuto establecidos en el artículo 1° del mismo.

Es así como, dentro de la filosofía que orienta al Decreto 444 de 1967, y con el objetivo claro de promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario a través del fomento de las exportaciones, el control sobre la demanda de cambio exterior y el adecuado aprovechamiento de las divisas disponibles, consideró el legislador que era necesario promover la exportación de petróleo crudo, pero sujeta a una serie de restricciones que garantizarán que la misma contribuiría con los claros propósitos cambiarios y de desarrollo del decreto. Consagró así un capítulo especial, el cual denominó "Régimen Cambiario y de Comercio Exterior del Petróleo y Minería", cuyas disposiciones, como su nombre lo indica, pretenden, a través de un régimen especial, lograr los propósitos y objetivos planteados.

En términos estrictamente cambiarios y de comercio exterior, pues a eso se refieren las disposiciones especiales del Capítulo mencionado, se consideró que a través de los mecanismos establecidos en los artículos 154 y 162, entre otros, se lograban tales propósitos y se equilibraban la necesidad de fomentar la exportación de crudos, con la necesidad de controlar la demanda de divisas y aprovechar las existentes. Así, se estableció como restricción a la libertad de exportación, la que surgía de la necesidad de satisfacer la demanda en el país para refinación de crudos, restricción que quedó consagrada en el artículo 154, al disponer dicha norma que el Ministerio de Minas y Petróleos (hoy y Energía), determinaría "los volúmenes de producción que los explotadores deban vender para la refinación en el país", y fijaría "los precios correspondientes".

Esta restricción, tal cual lo afirma el Ministro de Minas y Petróleos en la época de expedición del Decreto 444, en las Memorias al Congreso de 1967, tuvo su origen en la necesidad de garantizar el autoabastecimiento preferencial de las necesidades de refinación para el suministro interno de derivados del petróleo, o para la exportación de los mismos, por cuanto ella no había quedado adecuadamente plasmada en el Decreto 1056 de 1953, o Código de Petróleos, cuyos artículos 56 y 215 establecían:

"Artículo 56 (inciso primero)

"...los Concesionarios de explotación atenderán de preferencia las necesidades del país, debiendo ofrecer en venta, cuando el consumo de derivados del petróleo así lo exija, la materia prima necesaria para atender dicho consumo, de acuerdo con la reglamentación que haga el gobierno..."

"Artículo 215

"Cuando las regalías, percibidas en especie por el Gobierno, no fueren suficientes para abastecer el consumo interno de derivados del petróleo, previa solicitud del Gobierno, los Contratistas de exploración y explotación estarán obligados a ofrecer en venta una cantidad tal, que sumada a la regalía, no exceda durante cualquier mes del 50% de la producción de la concesión. Pero cada contratista tendrá derecho a imputar a dicha cantidad el petróleo crudo que este destinado directa o indirectamente, a la refinación dentro del país para atender a las necesidades del consumo interno..."

Del análisis de los artículos transcritos, tal como ellos fueran modificados posteriormente por los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967, surge una línea clara y constante que refleja la preocupación del legislador para garantizar la atención de las necesidades nacionales en materia de refinación, así como para dotar al ejecutivo de las herramientas jurídicas adecuadas para lograr tal propósito. Y no tendría sentido que no fuese así, pues, tanto desde el punto de vista de una sana política petrolera, como desde el punto de vista cambiario o comercial, flaco servicio se prestaría al país permitiendo la exportación de productos que, a la vez, tendrían que importarse para la satisfacción de las necesidades nacionales. Ello no solamente podría implicar costos innecesarios, sino además sería inconsecuente con los propósitos expresados en el Estatuto Cambiario, en el sentido de lograr un adecuado aprovechamiento de las divisas disponibles.

Sin embargo, esta intención del legislador, tal como fue plasmada en las normas mencionadas, particularmente en los artículos 154 y 162 del Decreto Ley 444 (según fuera modificado éste último por el Decreto 688 de 1967), no es absoluta, ni puede ejercerse en forma arbitraria, pues está condicionada por los términos y limitaciones establecidos en la misma Ley. Limitaciones que están dadas principalmente por tres conceptos.

En primer lugar, se aplica sobre los *volúmenes de producción*, es decir, sobre aquellas cantidades de crudo que, al tenor de las normas que regulan la contratación y producción petrolera, estan los interesados facultados para producir efectivamente producen. En segundo lugar, se refiere a la *refinación en el país*, es decir, la limitación se aplicará frente aquellas cantidades de crudo que se requieran para ser refinadas en el país, necesidades que por su naturaleza tienen una dimensión temporal, por cuanto estarán sujetas a la capacidad de refinación que se tenga, la cual a la vez se modificará en función de las necesidades de consumo o de exportación de derivados del petróleo. En tercer lugar, se integran las disposiciones de los artículos 154 y 162 del Decreto 444 con las del artículo 46 de dicho estatuto a través de un *concepto residual*, puesto que la libertad de exportación que éste último artículo consagra se predica exclusivamente de aquellos volúmenes de producción que *no se requieran* para la refinación en el país.

A la luz de los parámetros anteriores, el análisis del alcance de los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967 tiene que entenderse dentro del contexto de

lo que el mencionado decreto, és, es decir, un régimen de cambios internacionales y comercio exterior. Así, es fundamental tener en cuenta que tales disposiciones se ubican dentro del Capítulo titulado "Régimen Cambiario y de Comercio Exterior de Petróleo y Minería". Por consiguiente, allí no se consagra una política sobre producción de petróleo, pues no fue esa la intención del Decreto 444, sino se establecen un rumbo y unas atribuciones claras sobre lo cambiario y sobre el comercio exterior, es decir exportación, importación, régimen de inversiones extranjeras, posesión de divisas, reintegro, etc., aplicables a la actividad de minas y petróleos.

Por ello mismo, las facultades que para el Ministerio de Minas y Energía, o para la Comisión de Precios en esos artículos se señalan, deben entenderse a la luz de tales restricciones, es decir, como una lógica limitación cambiaria o comercial al derecho de libre exportación que consagra el artículo 46; que se aplica sobre lo que los afectados produzcan, es decir, lo que de otra manera podrían libremente exportar, y que se cuantifica teniendo en cuenta las necesidades de refinación internas, es decir, aquello que el país podría o necesitaría en el momento temporal en que se produce el petróleo crudo que, de no existir la restricción anunciada, se destinaría a la exportación. Ello, para regular mejor los cambios internacionales y el comercio exterior, y no para establecer políticas de producción o de refinación, las cuales no están consagradas en el Estatuto Cambiario, ni podrían estarlo, salvo en lo atinente, como ya se dijo, a sus aspectos cambiarios o de comercio exterior.

Alcance de los ordinales a) k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984

Los citados ordinales del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, por la cual se reforma la estructura orgánica del Ministerio de Minas y Energía, no contienen una atribución nueva para esa entidad, sino se limitan a ratificar las facultades que le habían sido previamente otorgadas a esa entidad por normas anteriores. El ordinal a) reproduce prácticamente lo que en términos generales había asignado como competencia a los Ministerios en general el artículo 3° del Decreto 1050 de 1968, y que para el Ministerio de Minas y Energía en particular, habían dispuesto anteriormente los artículos 1° del Decreto 3161 de 1968 y 2° del Decreto 2301 de 1975. Es por ello que la facultad de "adoptar la política nacional" en las materias específicas que el ordinal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 da a esta entidad, debe entenderse como la posibilidad que el Ministerio tiene de desarrollar, a través de actos administrativos, aquellas atribuciones o funciones que le hubiesen sido otorgadas por las leyes vigentes sobre petróleos, minas o energía, o la de presentar al Congreso los proyectos de ley que considere necesarios para complementar o modificar las leyes vigentes, o de proponer legislación en aquellos temas sobre los cuales no hay Ley previa. En ningún momento puede entenderse la facultad de adoptar políticas como la de legislar, modificar las leyes sobre la materia o expedir actos administrativos en temas no cubiertos previamente por las leyes existentes.

De igual manera, la facultad que el ordinal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 daba al Ministerio de fijar, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo, "los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país" no era más que la ratificación de la función que en 1967 le habían otorgado los artículos 154 y 162 del Decreto 444, con la sola modificación consistente en que el ordinal mencionado facultaba dicha fijación "de acuerdo con la Comisión", mientras que en 1967 tal situación no era clara, pues el artículo 54 otorgaba la facultad al Ministerio, y el 162 la daba a la Comisión.

Es decir, salvo lo dicho en el párrafo anterior , y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 51 de 1989, la expedición de los ordinales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 no modificó las atribuciones que al Ministerio de Minas y a la Comisión de Precios le habían dado los artículos 154 y 162 del Decreto 444, ni varió los criterios o parámetros contenidos en tales artículos para el ejercicio de las facultades otorgadas.

El Decreto 196 de 1986

Tres son los artículos impugnados por el demandante, con las argumentaciones expuestas en la parte inicial de esta sentencia. Por ello, la Sala los analizará independientemente, pero en todo caso a la luz de las consideraciones expuestas anteriormente, particularmente en lo referente al alcance de los artículos 46, 154 y 162 del Estatuto Cambiario, así como de los ordinales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984.

A) El artículo 1° del Decreto 196 establece:

"Artículo 1°. El Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, al fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país, tendrán en cuenta las necesidades actuales y futuras del abastecimiento interno; e igualmente los factores que inciden en la operatividad y mecanismos de comercialización necesarios para que el país garantice su autoabastecimiento, tanto en la actualidad como en el futuro.

"Parágrafo. El Ministerio de Minas y Energía determinará los volúmenes de producción de petróleo de que trata el presente artículo, teniendo en cuenta las características de los yacimientos, la recuperación de las inverciones y la autosuficiencia de crudos en el futuro del país".

El mencionado artículo 1° se limita a definir los criterios que habrán de tenerse en cuenta por el Ministerio de Minas y Energía para efectos del ejercicio de la función que le atribuyen los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967. Tales criterios, algunos de ellos bastante confusos por cierto, permiten al Ministerio determinar la forma y monto para el cumplimiento de la obligación a que se ha venido haciendo referencia, confiriendo un cierto nivel de discrecionalidad

a esta entidad para establecer las necesidades del abastecimiento interno de refinación, y para considerar los factores que inciden en tal determinación. Ello es ajustado a derecho, por cuanto es indudable que quien tiene la competencia para determinar el monto de tales obligaciones, debe tenerla para definir los criterios generales a la luz de los cuales habrá de tomar sus decisiones, si es que tales criterios no han sido claramente definidos en norma superior. Y en este evento, tales criterios habrán de supeditarse a la limitaciones generales que se desprenden de los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967, según fueron analizados anteriomente.

A primera vista podría pensarse, por la vaguedad e imprecisión de algunos de los criterios consagrados, que a través de la aplicación de los mismos, particularmente de aquellos que se refieren al abastecimiento futuro, se podría en contradicción con lo anteriomente dicho, en la medida en que tales expresiones permitirían desarrollar limitaciones indeterminadas e indeterminables, e inclusive, introducir modificaciones a los derechos que pudiesen tener los interesados en materia de producción o exportación de petróleo, sin fundamento legal para ello. Sin embargo, ello no ocurre, pues cualquier interpretación de tales criterios, aun teniendo en cuenta situaciones futuras o eventuales, se tendría que hacer a la luz las limitaciones enunciadas y de las disposiciones vigentes en cada momento, sin perjuicio de los derechos o situaciones reguladas por otras normas, referentes a la libertad de exportación o a la producción de hidrocarburos. Por ello mismo, la Sala no encuentra contradicción alguna entre el artículo 1° del Decreto 196 de 1986 y las normas invocadas como violadas, pues la simple fijación de criterios para la toma de decisiones, según se hizo en el artículo impugnado, no implica contrariar tales disposiciones. Ello solamente podría ocurrir en la aplicación concreta de esos criterios en cada caso particular, si a través de tal aplicación se desconocen los derechos mencionados emanados de disposiciones superiores de derecho.

B) El artículo 3° del Decreto 196 de 1986 dice:

> "Artículo 3° Con el fin de prever las futuras necesidades de abastecimiento y satisfacer las exigencias de la industria de los hidrocarburos, Ecopetrol tendrá la primera opción de compra sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna y sólo en el evento de que la Empresa en mención, no ejercite esa opción, los particulares podrán exportar los excedentes.

Contrario a lo que ocurre en el caso del artículo 1°, estima la Sala que el artículo transcrito viola, de manera clara, lo establecido por los artículos 162 del Decreto 444 de 1967 y 120 ordinal 3° de la Constitución Nacional, pues a través del mismo se pretende regular una situación que, por su naturaleza se aleja radicalmente de los supuestos de hecho y derecho que preven las leyes reglamentadas. En efecto, mientras las normas que se invocan como disposiciones a reglamentar, es decir el artículo 162 del Decreto 444 de 1967 y los ordinales a) y k) del artículo 3° de la Ley la. de 1984, se refieren al volumen de producción que haya de venderse *para la refinación en el país,* el artículo 3° del Decreto

196 de 1986 crea, a favor de Ecopetrol, una opción de compra del petróleo *que no se destine a la refinación interna.* Es decir, de aquel que, al tenor de los artículos 46 y 162 del Decreto 444, el productor tendría derecho a exportar, luego de haber vendido lo que hubiese correspondido para la refinación en el país. Se regula, por consiguiente, una situación opuesta y contraria a la prevista en las normas reglamentadas, dándole a ellas un alcance que el legislador nunca quiso que tuviesen.

En razón de lo expuesto, es forzoso concluir que el artículo 3° del Decreto 196 de 1986, no solamente no tiene fundamento en las normas que dice reglamentar, sino además, al consagrar una debida restricción a la libertad de exportación a que se refiere el artículo 46 del Estatuto Cambiario, lo contradice en forma ostensible, y por consiguiente viola también el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, por cuanto implica un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, a la luz de la cual el gobierno solamente podría dictar los actos administrativos necesarios y/o conducentes para la correcta ejecución de la Ley reglamentada. No se concibe como puede pretenderse que una norma que regula una situación determinada, cual es en este caso la obligación de vender crudos para la refinación interna, pueda utilizarse para crear una situación exactamente contraria, es decir, para establecer una opción de venta del crudo que *no* se requiere para refinación interna. Por tal razón, procederá su anulación, por violación de los artículos 46, 154 y 162 del Decreto 444 de 1967, de los ordinales a) y k) del artículo 3° de la Ley la. de 1984, y ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución.

C) Dice el artículo 4° del Decreto 196 de 1986

"Artículo 4°. Los precios correspondientes al petróleo que Ecopetrol compre, en desarrollo del artículo anterior, no podrán ser superiores a los precios que rijan para los crudos que se destinan a la refinación interna."

Para la Sala, el ánalisis del artículo 4° impugnado esta estrechamente atado a los consideraciones efectuadas, y a las conclusiones a las cuales se llegó en el acápite anterior, referente al artículo 3° del Decreto 196. En efecto, al declararse la nulidad de esta última norma, el artículo 4° se torno inoperante e inoficioso, por cuanto deja de existir la opción, y por consiguiente no habría lugar a la fijación de precios a que se refiere el mencionado artículo 4°. Sin embargo, y sin perjuicio de lo dicho, considera la Sala que el artículo 4° del Decreto 196 de 1986 no se ajusta a derecho, pues si no existe la facultad de crear la opción a que se refiere el artículo 3°, tampoco existe para determinar los precios de la misma.

Los artículos 154 y 162 del Decreto 444, y el ordinal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 autorizan al Ministerio de Minas y Energía para determinar, por los procedimientos allí previstos, los precios de venta del crudo que se destine a la refinación interna o a la exportación. Más no aparece en esas u otras normas facultad alguna para fijar precios de petróleo que se vendan en desarrollo de una opción de compra de crudo no destinado a la refinación, ni para establecer

parámetros o topes máximos o mínimos de los mismos. Por consiguiente, procederá su anulación, por violación de los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967, del ordinal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, y del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional.

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

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad de los artículos 3° y 4° del Decreto 196 de 1986.

Segundo. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa (1990).

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Salvo el voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* Salvo el voto; *José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahín Lizcano,* Aclaro el voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* Con salvamento de voto; *Carmelo Martínez Conn,* Con salvamento de voto; *José Padilla Villar,* Con salvamento de voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure,* Con salvamento de voto; *Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Julio César Uribe Acosta,* Con salvedad de voto; *Rodrigo Viera Puerta,* Salvo voto; *Diego Younes Moreno,* Con salvedad de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Nota de Relatoría: La tesis de la providencia anterior fue reiterada en fallo de marzo 6 de 1991, Exp. S-148, Ponente Doctor Jaime Abella Zárate.

SUSTRACCION DE MATERIA - Procedencia (Salvamento de voto)

Sigo con la tesis tradicional de la sustracción de materia, porque la derogatoria del acto general ilegal restablece el imperio de la legalidad abstracta y porque la persona afectada con el acto individual que se dictó con base en aquél posee los mecanismos legales que le permiten el manejo de la excepción de ilegalidad de manera perpetua.

LEY MARCO/ POTESTAD REGLAMENTARIA - (Salvamento de voto)

La Ley 1a. de 1984 es una típica Ley marco. Expedida la Ley marco, la competencia reglamentaria del ejecutivo es amplia; de contenido diferente al que tiene el reglamento común dictado en los términos del numeral 3 del artículo 120 de la Carta. El Gobierno colegisla (en sentido material se entiende) cuando reglamenta una ley, expide un Decreto de facultades extraordinarias o un reglamento con base en una Ley marco. Pero mientras en el primer evento el reglamento no tiene efectos sobre la legislación preexistente, en los dos casos siguientes, ese efecto sí se produce.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Bogotá, D.E., enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente S-157 Actor: Robert Bruce Raisbeck. Ponente: Dr. Carlos Gustavo Arrieta.

En forma comedida me separo de la decisión mayoritaria dictada en el proceso de la referencia y que aparece fechada el día 14 de enero de 1991.

Mediante ese proveído se declaró la nulidad de los artículos 3° y 4° del Decreto 196 de 1986 " por el cual se reglamentan los literales a y k del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, el Decreto 444 de 1967 y se dictan normas sobre comercialización de crudos en el país."

Son razones de mi discrepancia:

a) La sustracción de materia.

b) El sentido que la sentencia le da a la proposición " adoptar una política."

c) El carácter de Ley marco que tiene la Ley 1a. de 1984.

a) ***La sustracción de materia***

Ha dicho la doctrina que cuando se trata del análisis de la causal de impugnación de un acto administrativo "violación de la ley", en la que debe confrontarse el acto acusado con el ordenamiento jurídico superior que lo fundamenta o le sirve de causa, debe partirse del supuesto de la vigencia de ambos extremos al momento de la decisión final.

En ese orden de ideas se habla o de la sustracción de materia cuando el acto infractor ha desaparecido de la vida jurídica con anterioridad al fallo de legalidad; o de la convalidación por cambio no ya en el acto infractor sino en el ordenamiento que regía al tiempo de su expedición y que hace legal lo que no tenía ese valor o no lo autorizaba. Aquí, como se infiere, la normatividad superior vigente al tiempo de la expedición desapareció o fue modificada.

En torno a los fenómenos enunciados cabe hacer algunas precisiones. Frente al primero, porque la tesis de la sustracción de materia ha sido elaborada exclusivamente por la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a las pretensiones de simple nulidad de actos de contenido general, los cuales por sí mismos no generan efectos concretos; de allí que su derogatoria cuando adolezca de un vicio de ilegalidad, implique el retorno al imperio del orden jurídico abstracto y haga inútil e inocuo un nuevo pronunciamiento jurisdiccional al respecto.

Pero no ocurre igual cosa frente a los actos subjetivos o condición, violatorios de una norma superior y productores de efectos concretos que, eventualmente, causen daño o lesión, porque, tal como lo dijo esta misma Corporación en sentencia de marzo 13 de 1979, con ponencia de Carlos Galindo Pinilla, "en este caso su revocación, con efectos hacia el futuro, no hace inocuo el pronunciamiento judicial de anulación, pues éste retrotrae sus efectos hasta el momento mismo de la génesis del acto para hacerlo desaparecer del ámbito juridico hasta el punto de crear la ficción o suponer que jamás existió jurídicamente, con lo cual se logra la plenitud de la tutela jurídica que no se obtendría por la vía de la revocación o de la derogación, pues estas modalidades de extinción dejan intactos los efectos producidos anteriormente".

Y frente a la segunda o convalidación, toda vez que tal como lo afirma el profesor Mario Rodríguez, "cuando el acto es de carácter general, el vicio por violación de la regla de fondo puede sanearse si las normas superiores con las cuales se estaba en contradicción al momento de expedirse, son modificadas o derogadas en forma que desaparezca la contradicción, porque el acto originalmente nulo por el cambio producido en el ordenamiento superior, deja de perturbar el orden jurídico.

Pero tal como lo anota el mismo autor esto hay que entenderlo "respecto a los actos de carácter general y no a los de carácter individual, porque las situaciones jurídicas concretas sólo pueden definirse de acuerdo con las normas vigentes al momento de la expedición del acto respectivo; de otra manera se dará efecto retraoctivo a la nueva norma".

Fuera de lo dicho puede reforzarse lo anterior con la idea extractada de la doctrina de que en Colombia lo que es perpetuo como acción (se entiende la de nulidad, regulada en el artículo 84 del C.C.A.) es perpetuo como excepción, lo que le permite al demandante de un acto particular alegar la ilegalidad del acto general que le sirvió de fundamento, así éste no haya sido impugnado o anulado.

En este mismo sentido si el acto general también está impugnado en acción de nulidad se presentará un caso de prejudicialidad en el proceso de restablecimiento que gire en torno al acto individual.

En síntesis, sigo con la tesis tradicional de la sustracción de materia, porque la derogatoria del acto general ilegal restablece el imperio de la legalidad abstracta y porque la persona afectada con el acto individual que se dictó con base en aquél posee los mecanismos legales que le permiten el manejo de la excepción de ilegalidad de manera perpetua.

b) ***La adopción de una política***

Estimo que el alcance que la sentencia le da a esta figura es bastante ortodoxo y no se compadece con la realidad que el gobierno debe manejar en materia de hidrocarburos. Por eso mismo compartí la tesis expuesta por el Consejero Uribe Acosta en la ponencia que no obtuvo la mayoría de la Sala Plena, en el proceso No. 4876 instaurado por el Doctor Carlos Holguín H. Me remito a ese estudio ya que según me lo informó el Doctor Uribe Acosta, él presentaría sus mismos puntos al salvar el voto contra la sentencia que en esta oportunidad me merece reparos.

La ley 1a. de 1984, ley marco

Para mí la Ley 1a. de 1984 es una típica legal marco. Hago míos los serios argumentos expuestos por mis compañeros Barreto Ruiz y Younes Moreno. Además, anoto al margen:

Desde la reforma de 1968 (acto legislativo No. 1) se consideró, como lo afirma el profesor Sáchica, necesario redistribuir algunas competencias entre el Congreso y la rama ejecutiva, por razón de orden práctico. Ciertas materias, sobre todo de índole económica, requieren un trato diferente, técnico, expedito y oportuno. Exigen, por lo demás, como lo afirma el mismo profesor, una información vasta y actualizada de que no dispone el Congreso para legislar con acierto.

Es por eso que en el campo económico desde tiempo atrás se considera más adecuado entregar la iniciativa al ejecutivo, dejándole al legislador la formulación de los sectores dentro de los cuales se debe mover aquél. Esa formulación de trazos o principios la hace así el Congreso en leyes cuadros o marcos, quedándole a la administración la competencia para expedir los reglamentos concretos que las situaciones cambiantes exigen.

Expedida la ley marco, la competencia reglamentaria del ejecutivo es amplia; de un contenido diferente al que tiene el reglamento común dictado en los términos del numeral 3 del artículo 120 de la Carta. Cuando se ejerce esta potestad, el gobierno está en cierta forma constreñido por el texto mismo de la ley, el que limita la competencia a aquellas medidas para su adecuada ejecución. En cambio, cuando el gobierno reglamenta una ley marco, colegisla o comparte el poder legislativo con el Congreso, por permisión constitucional, pudiendo con sus reglamentos modificar o derogar la legislación pre-existente. En este campo el gobierno encuentra su marco de referencia mas en la constitución que en la citada legislación preexistente. Claro está que esos decretos no podrán desconocer los trazos o principios señalados en la ley cuadro.

Existe entre el mandato que para el gobierno contiene una Ley de facultades extraordinarias (artículo 76 numeral 12) y el que contiene una Ley marco para el mismo (artículo 76 nl. 22) una gran similitud. En dichos eventos se entrega al gobierno un poder reglamentario amplio, similar al que tiene el Congreso,de contenido y efectos diferentes al que tiene con base en el numeral 3 del artículo 120, que viene a ser solo una competencia complementaria o de detalle para facilitar la ejecución de la ley, pero no más. Es tan amplio el poder que recibe en las dos hipótesis enunciadas en primer término, que el gobierno solo viene a estar limitado, en la primera, por la materia que debe desarrollar y por el tiempo y en la segunda, por el marco de referencia general que le señala. En los dos eventos, la constitución será su fundamento inmediato, como es obvio.

El poder reglamentario así ejercido tiene el mismo alcance que el poder legislador ejercido por el Congreso.

En síntesis de lo dicho:

El gobierno colegisla (en sentido material se entiende) cuando reglamenta una Ley, expide un Decreto de facultades extraordinarias o un reglamento con base en una Ley marco. Pero mientras en el primer evento; el reglamento no tiene efectos sobre la legislación preexistente, en los dos casos siguientes, ese efecto sí se produce.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

SUSTRACCION DE MATERIA - Procedencia (Aclaración de voto)

Tengo algunas razones para no compartir el análisis planteado por el señor Ponente acerca del tema de la sustracción de materia, puesto que estimo que ha debido dársele a este aspecto el tratamiento que la Sala Plena del Consejo de Estado le ha dado con base en reiterada jurisprudencia que sostiene la no necesidad de emitir fallo de fondo con respecto a normas que han sido derogadas.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.*

Referencia: Expediente No. S-157. Actor: Robert Bruce Raisbeck.

Deseo manifestar que, aunque comparto plenamente las decisiones adoptadas en el presente fallo, tengo algunas razones para no compartir el análisis planteado por el señor Ponente acerca del tema de la sustracción de materia, puesto que estimo que ha debido dársele a este aspecto el tratamiento que la Sala Plena del Consejo de Estado le ha dado con base en reiterada jurisprudencia. Así, me basta transcribir a continuación una de las muchas providencias en las cuales se sostiene la no necesidad de emitir fallo de fondo con respecto a normas que han sido derogadas:

"El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena

jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.

"Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla; el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden en la definición de la litis. De allí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto". (Sentencia de 11 de julio de 1962, Consejero Ponente Doctor Carlos Gustavo Arrieta. Expediente No. 929, Anales del Consejo de Estado, pág. 232).

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut supra.

HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ LEY MARCO/ ECOPETROL - Facultades (Salvamento de voto)

Opino que si la legislación que ha venido expidiéndose en los últimos tiempos sobre hidrocarburos va encaminada a liberar al país del gasto de divisas por concepto de la compra de gasolina y otros combustibles en el exterior para el consumo nacional, de lógica es que a Ecopetrol se le dé la primera opción de adquirir los excedentes a que hacen referencia las distintas normas. Considero que las normas acusadas no exceden la potestad reglamentaria. La Ley 1a. de 1984 es de aquellas leyes denominadas leyes marco o leyes cuadro, las cuales tienen por finalidad hacer más ágil el funcionamiento de las tareas que deben desarrollar la administración, especialmente en materias encaminadas a la solución de los asuntos económicos.

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR JORGE PENEN DELTIURE

Bogotá, D.E., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-157. Actor: Robert Bruce Raisbeck.

Respetuosamente consigno a continuación las razones por las cuales no comparto la decisión adoptada en la sentencia discutida y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el proceso de la referencia.

1. No comparto la interpretación que se hace respecto del "alcance" del contenido de los artículos 154 y 162 del Decreto 444 de 1967, llamado Estatuto Cambiario, interpretación que dio pie para concluir en la sentencia que "...allí no se consagra una política sobre producción de petróleo..." sino "un rumbo y unas atribuciones claros sobre lo cambiario y sobre comercio exterior... aplicables

a la actividad de minas y petróleos...", por lo cual las facultades del Ministerio de Minas y Energía y de la Comisión de Precios en materia de petróleos, están restringidas conforme a los preceptos del citado Decreto 444 de 1967.

Por el contrario, opino que si la legislación que ha venido expidiéndose en los últimos tiempos sobre la materia va encamianda a liberar al país del gasto de divisas por concepto de la compra de gasolina y otros combustibles en el exterior para el consumo nacional, de lógica es que a la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" se le dé la primera opción de adquirir los excedentes a que hacen referencia las distintas normas. De otra manera no se ve cómo se cumpliría la finalidad "...de prever las futuras necesidades de abastecimiento y satisfacer las exigencias de las industrias de los hidrocarburos", conforme al texto del artículo 3° del Decreto Reglamentario 196 de 1986. Esta opinión concuerda con la función que al Ministerio de Minas y Energía se señala en el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, en el sentido de "adoptar la política nacional en materia de..., refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos...", como sobre "todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuerzas energéticas del país...".

Tampoco comparto el criterio de que los artículos 3° y 4° del Decreto 196 de 1986, cuya nulidad se impetró, desbordan respecto de los literales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984 la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República conforme al texto del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, porque cuando en el artículo 3° del Decreto 196 de 1986 se dispone que Ecopetrol "tendrá la primera opción de compra sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna", se está adoptando una "política nacional en materia de refinación, manufactura, beneficio y transformación de hidrocarburos, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, en relación, además, con actividades económicas, industriales y comerciales del aprovechamiento de recursos no renovables del país. También porque esa prelación para la adquisición de excedentes, en parte tiene la finalidad "de prever las futuras necesidades de abastecimiento" y satisfacción de las exigencias de las industrias nacionales de los hidrocarburos.

Lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 196, sobre precios del petróleo que Ecopetrol adquiera para "prever las futuras necesidades de abastecimiento...", conforme al contenido del artículo 3° *ibídem*, concuerda con la atribución que el literal k) de la Ley 1a. de 1984 da para fijar la "forma de pago" a los volúmenes de producción y los precios de ventas para efectos cambiarios y fiscales, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural.

Los defectos de ilegalidad que la sentencia advierte para decretar la nulidad de los tantas veces citados artículos 3° y 4° del Decreto 196 de 1986 son, como se ve, de apariencia, que desaparecen cuando se lleva a cabo el cotejo con las

normas pertinentes del Estatuto Cambiario y de la Ley 1a. de 1984, y el espíritu de la legislación al respecto, que como quedó dicho, va encaminada a lograr el abastecimiento de las necesidades del mercado interno y aliviar, así, la sangría de dividas que para el país implica la importación de combustible.

2. Se estima que la Ley 1a. de 1984 contiene disposiciones que por su generalidad e imprecisión no se acomodan a nuestro régimen constitucional.

Dicha Ley por su contenido es ciertamente de aquellas leyes denominadas "leyes marco" o "leyes cuadro" que al Congreso de la República le corresponde expedir en uso de la atribución de que trata el numeral 9° del artículo 76 de la Carta Fundamental, para "determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios..." y que por tratarse de esa categoría de leyes son de contenido amplio, con miras a que el Presidente de la República ejerza la potestad reglamentaria como suprema autoridad administrativa de la Nación. Esta clase de leyes tiene por finalidad hacer más ágil el funcionamiento de las tareas que debe desarrollar la administración, especialmente en materias encaminadas a la solución de los asuntos económicos. Con otras palabras, con el fin de hacer más funcional la tarea administrativa en ciertos aspectos de la gestión pública.

Sea lo que fuere la Ley 1a. de 1984 está vigente y mientras no sea derogada o declarada inexequible, es apoyo legal más que suficiente para el Decreto 196 de 1986.

Finalmente, adhiero para fundamentar aún más mi disentimiento, al salvamento de voto elaborado por el señor Consejero Alvaro Lecompte Luna por estar de acuerdo con la argumentación contenida en él, especialmente sobre la interpretación que da a la expresión "adoptar la política nacional".

Cordialmente,

Jorge Penén Deltiure.

HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ LEY MARCO - (Salvamento de voto)

No compartimos la tesis de la sentencia en el sentido de que la libertad de exportación de los productos nacionales, consagrada en el estatuto de comercio exterior, sea totalmente aplicable a la exportación de crudos, como tampoco el criterio de que el asunto deba orientarse exclusivamente desde la perspectiva cambiaria y de comercio exterior. La Ley 1a. de 1984 es una ley marco, lo cual tiene como consecuencia un margen mayor de potestad reglamentaria para el ejecutivo. Si bien los artículos 3° y 4° demandados se refieren a los crudos que no se requieren para refinación, sino a los excedentes, ello se explica si se tiene en cuenta que tales normas hacen parte de una política petrolera adoptada para "prever las futuras necesidades de abastecimiento...", razón por la que se da a Ecopetrol la primera opción de compra.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LOS DOCTORES JOAQUIN BARRETO RUIZ
Y DIEGO YOUNES MORENO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo- Bogotá, D.E. enero dieciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente S-157. Actor: Robert Bruce Raisbeck.

De la manera más respetuosa, nos separamos de la decisión adoptada mayoritariamente por la Corporación, por las razones que más adelante se expresan, en cuanto declaró la nulidad de los artículos 3° y 4° del Decreto 196 de 1986 "por el cual se reglamentan los literales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, el Decreto 444 de 1967 y se dictan normas sobre comercialización de crudos en el país".

1o. Un primer punto fundamental de la materia de los autos gira, a nuestro juicio, en torno del ordinal 3° del artículo 120 de la Carta que le otorga al Presidente de la República la facultad de "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Constituyen suficiente fuente jurídica para la reglamentación, las siguientes normas:

a) La Ley 1a. de 1984, que en su artículo 3°, le señala al Ministerio de Minas, además de las funciones que le asigna a todos los Ministerios el Decreto Ley 1050 de 1968, las funciones de:

"a) Adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos, así como la política sobre generación, transmisión, interconexión, distribución y establecimiento de normas técnicas en materia de electricidad, y, en general sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país, en concordancia con los planes generales de Desarrollo.

...

k) Fijar, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país y su forma de pago, los precios de venta y los que correspondan, para efectos cambiarios y fiscales, a los hidrocarburos de exportación y sus derivados y los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones."

b) Es fuente jurídica igualmente, el Decreto Ley 444 de 1967, conocido como Estatuto Cambiario, que en su artículo 154 reza textualmente:

"El Ministerio de Minas y Petróleos determinará los volúmenes de producción que los explotadores deban vender para la refinación en el país y fijará los precios correspondientes."

c) Por su parte, el artículo 4° del Código de Petróleos declaró "de utilidad pública la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución...".

Y el artículo 58 de la misma codificación dispuso: "Los concesionarios de explotación atenderán de preferencia las necesidades del país, debiendo ofrecer en venta, cuando el consumo de derivados del petróleo lo exija, la

materia prima necesaria para atender a dicho consumo, de acuerdo con la reglamentación que haga el Gobierno."

2o. No compartimos la tesis de la sentencia en el sentido de que la libertad de exportación de los productos nacionales, consagrada en el estatuto de comercio exterior, sea totalmente aplicable a la exportación de crudos, como tampoco el criterio, de que el asunto deba orientarse exclusivamente desde la perspectiva cambiaria y de comercio exterior, porque el propio legislador igualmente ha incorporado en materia de hidrocarburos, otros principios inspirados en el interés nacional, que obligan a interpretar de manera interrelacionada y sistemática todo el conjunto normativo sobre el tema.

3o. Como una de las normas que se reglamentan por el Decreto 196 de 1986, es 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", es conveniente precisar su naturaleza jurídica.

Se trata, por su contenido, de una ley orgánica que desarrolla la estructura de la administración nacional, y tiene origen constitucional, en el ordinal 9° del artículo 76 de la Carta, que atribuye al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos.

Estas leyes, si nos basamos en la exposición de motivos de la Reforma Constitucional de 1968, de la cual proviene el mencionado canon, es una ley marco, lo cual tiene como consecuencia un margen mayor de potestad reglamentaria para el ejecutivo. En efecto, se lee lo siguiente en la exposición de motivos de tal innovación constitucional:

"art. 7°. Las reformas contempladas en el artículo 76 implican una nueva concepción de las atribuciones que correspondan a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público en el estado moderno, cuando éste ha asumido importantes funciones en los campos económico y social antes vedados a los Estados no intervencionistas.

Los cambios propuestos parten de la idea básica de que en materias económicas, fiscales y *administrativas* el legislador debe limitarse a *señalar pautas generales al Ejecutivo, dictando únicamente la orientación política* en dichas materias (atribuciones 9a., 10a., y 22). *Es al gobierno al que le corresponde desarrollar y ejecutar esa política* porque es el que cuenta con el personal y los medios técnicos requeridos para dar adecuada y oportuna respuesta a los problemas que la vida contemporánea plantea en los campos señalados..." (la subraya no es del texto).

4o. Si bien es cierto que los artículos 3° y 4° del Decreto acusado, se refieren a los crudos que no se requieren para refinación, sino a los excedentes, ello se explica si se tiene en cuenta que tales normas hacen parte de una política petrolera

adoptada en este caso -como lo dice el propio decreto demandado- para "prever las futuras necesidades de abastecimiento y satisfacer las exigencias de la industria de los hidrocarburos", razón por la cual se da a Ecopetrol, la empresa oficial del Estado en la materia, la primera opción de compra, y ello debe ser así, si como se ha visto, toda la legislación sobre el particular, está orientada a la satisfacción de las necesidades nacionales.

Por lo anterior, estimamos que el ejecutivo no excedió la potestad reglamentaria en la expedición del decreto acusado.

Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno.

Nota de Relatoría: A este salvamento adhiere el Consejero José Padilla Villar.

HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades/ **ECOPETROL** - Facultades (Salvamento de voto)

La facultad de "adoptar la política nacional" en materia de hidrocarburos no consiste en la mera posibilidad de presentar proyectos de ley para que sea el Congreso el que adopte finalmente esa política nacional, porque ya no sería el Ministerio quien la adoptase, sino la ley o el Congreso. El decreto reglamentario, en ninguno de los artículos cuestionados quebranta o va más allá de la Ley 1a. de 1984 que reglamenta, ni los artículos 154 y 162 del Decreto Ley 444 de 1967. Cuando las normas demandadas indican qué factores debe tener en cuenta el Ministerio para fijar los volúmenes de producción, de tal manera que se asegure el abastecimiento del país; al precisar que Ecopetrol tendrá la primera opción de compra y al precisar lo que hace a los precios en que Ecopetrol compre, está en prudente y sana armonía con las normas del Decreto Ley 444 de 1967 que se han mencionado.

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

A LA SENTENCIA DISCUTIDA Y APROBADA POR LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORPORACION, DE FECHA CATORCE (14) DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991) (SESION 18 DE DICIEMBRE DE 1990).

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Radicado No. S-157 -IMPORTANCIA-. Actor: Robert Bruce Raisbeck.

Muy respetuosamente, el suscrito consejero se permite manifestar a continuación su cordial disentimiento con la mayoría de la Sala respecto de las tesis sostenidas en la providencia arriba referenciada, el que descansa en las siguientes razones:

1a. Demandáronse de nulidad tres de los artículos del Decreto Reglamentario 196 de 1986. Por el primero se indica al Ministerio de Minas y Energía para que, cuando vaya a fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, tenga en cuenta "las necesidades actuales del abastecimiento interno", y "los factores que inciden en la operatividad y mecanismos de comercialización necesarios para que el país garantice su abastecimiento, tanto en la actualidad como en el futuro".

De suerte que este artículo no hace otra cosa que reglamentar un aspecto de la facultad genérica que la ley reglamentada (la Ley 1a. de 1984) confirió al Ministerio de Minas y Energía, para decirle que cuando vaya a fijar o a adoptar una política en lo que hace la fijación de los volúmenes de producción de hidrocarburos, que se vayan a destinar a la refinación, de acuerdo con la Comisión que menciona, tenga en cuenta las necesidades presentes y futuras para el abastecimiento interno y los factores que inciden en la operatividad y mecanismos de comercialización necesarios para que el país garantice su abastecimientos -presente y futuro- de algo tan importante para la marcha del país como es el petróleo y el gas natural. No cree el suscrito que ello vulnere en lo más mínimo el denominado poder reglamentario que la Carta fundamental otorga al presidente de la república en su triple condición de jefe del Estado, de jefe del Gobierno y de jefe de la Administración.

Porque precisamente la Ley 1a. de 1984, es decir, la reglamentada, radicó en el Ministerio de Minas y Energía la competencia de adoptar políticas en las materias que detalla y el Decreto 196 lo único que hace es *facilitar,* dar pautas al Ministerio para la adopción de políticas en ese rubro.

Contrariamente a lo que piensa la distinguida mayoría que acogió la ponencia que ahora es sentencia, por "ADOPTAR" ha de entenderse, en la acepción usada por el legislador, "ABRAZAR", "SEGUIR" un derrotero en esas materias; "POLITICA" significa aquí derrotero, sendero, camino en beneficio de la "POLIS", de la "CIVITAS". Y al abrazarla, al seguir el derrotero, al seguir la política en esas materias, al trazarla, necesariamente ha de practicarla, porque si no se tornaría en algo carente de pragmatismo en algo tan eminentemente pragmático, en algo tan cargado de cuestiones de orden práctico y cambiante, como es lo que rige en el campo de la economía, y máxime en una economía de mercado como la nuestra, dentro de lo cual se desenvuelve -no hay duda- la exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, etc., etc., del petróleo y demás hidrocarburos, lo que no es dable ignorar por el legislador y tampoco al Gobierno, ni a la Administración.

La facultad de *adoptar la política nacional* en esas materias no consiste, como lo ha creído la respetable tesis acogida por la mayoría, en la mera posibilidad de presentar proyectos de ley para que sea el Congreso el que *adopte* finalmente *esa política nacional,* porque ya no sería el Ministerio quien la adoptase, sino la ley o el Congreso, lo que pragmáticamente se saldría de la agilidad y de la prontitud conque debe procederse -se repite- en algo tan cambiante como es la economía petrolera. Amén de que la ley no dice que el Congreso deba adoptar la política, sino el Ministerio. Seguramente el Congreso, al expedir la Ley 6a. (sic) de 1984, fue consciente de su natural parsimonia, lentitud. Y el petróleo y demás hidrocarburos no dan espera, ni en Colombia ni en cualquier otro país del mundo.

Naturalmente que la norma legal dice que la adopción de esas políticas nacionales debe estar en concordancia con los planes generales de desarrollo, no para referirse a lo que como tal denomina el art. 80 de la Constitución -que jamás ha sido desarrollado ni puesto en práctica, convirtiéndose en letra muerta esperando sin esperanza una ulterior proyección legal-, sino a los que señale el Gobierno al tenor de las mismas pautas que sobre el tópico señala el art. 80 en su sexto inciso.

2a. Por otra parte, el ordinal k) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984 dice que corresponde al Ministerio de Minas y Energía FIJAR, DE ACUERDO CON LA COMISION DE PRECIOS DEL PETROLEO Y DEL GAS NATURAL los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país y su forma de pago, los precios de venta y que correspondan, para efectos cambiarios y fiscales, a los hidrocarburos de exportación y sus derivados y los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones.

De consiguiente, tampoco se rebazó en este punto lo ordenado por la ley ni se invadió la órbita reservada por la Constitución al legislador, sino por el contrario, al señalar cómo debía hacer el Ministerio para ello, precisó un rumbo enmarcado en la previsión presente y futura. Y recuérdese que el futuro es un ya, un tiempo que se va convirtiendo en presente a cada instante para convertirse inmediatamente en pasado.

3a. El decreto reglamentario, en ninguno de los artículos cuestionados por el actor, quebranta o va más allá de la Ley 1a. de 1984 que reglamenta. Pero es más: no viola los arts. 154 y 162 del Decreto Ley 444 de 1967. Antes bien, guarda una armonía cabal con los principios generales que los artículos citados consagran y los adecúa a la vida contemporánea. El Decreto Ley 444 de 1967 fue expedido con proyección de futuro, de sabia prudencia como fruto de una de las más esclarecidas inteligencias colombianas y de uno de los más equilibrados estadistas patrios. Y de allí que lo que se haga con posterioridad a él en este mundo tan cambiante de la economía, no sea más que una evolución y una adaptación a esa realidad.

Obsérvese cómo el Decreto 444 de 1967, visto y mirado en su conjunto, si bien establece la libertad de exportación de productos nacionales, establece limitaciones a esa libertad y dice la ley o los convenios internacionales podrán establecer esos límites y esas prohibiciones. Y como la Ley 1a. de 1984 al darle al Ministerio de Minas y Energía la facultad de adoptar políticas en esas materias y la de fijar los volúmenes de producción, creó límites, señaló prohibiciones aunque sometidos al cambio súbito que pueda ocurrir en lo que hace a los hidrocarburos. Por lo tanto, cuando los arts. 1° (y su parágrafo), 3° (y su parágrafo) y 4° del Decreto 196 de 1986 indica qué factores debe tener en cuenta el Ministerio -de acuerdo con la Comisión de Precios-, para fijar los volúmenes de producción, de tal manera que se asegure el abastecimiento del país, según las características de los yacimientos, la recuperación de inversiones y la autosuficiencia de crudos; al precisar que ECOPETROL tendrá la primera opción de compra sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna y que sólo en el evento de que esa empresa no la ejercite, los particulares podrán exportar los excedentes, y al precisar lo que hace a los precios en que ECOPETROL compre, está en prudente y sana armonía con las normas del Decreto Ley 444 de 1967 que se han mencionado.

4a. El ponderado estudio que la señora Fiscal 2a. del Consejo de Estado sometió a la consideración de la Sección Tercera de esta Sala es totalmente compartido con el suscrito y al mismo se remite.

Con lo brevemente expuesto, cree el suscrito suficientemente explicado su posición jurídica y filosófica en torno al difícil y espinoso tema que le ha tocado afrontar en esta oportunidad.

Muy cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

HIDROCARBUROS/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ FALLO EXTRAPETITA - (Salvamento de voto)

Al servir de soporte para la decisión la presunta violación de normas no citadas en la demanda, la Sala erró al fallar *extrapetita*. No existe ninguna contradicción entre lo dispuesto en los artículos 3° y 4° anulados y el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a./84, porque la finalidad de tales normas está dirigida al aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país, porque además, es competencia del Gobierno fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país, para garantizar el abastecimiento interno de la Nación.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Bogotá, D. E., treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-157. Actor: Robert Bruce Raisbeck.

Con el mayor respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, me permito consignar a continuación los aspectos que considero acertados de la sentencia y también aquellos de los cuales me separo, a saber:

1o. Considero acertada la doctrina de la sentencia en cuanto establece la posibilidad, o mejor, la necesidad de pronunciamiento jurisdiccional de fondo en aquellas demandas de nulidad de actos generales que han dejado de tener vigencia, apartándose, o desechando la doctrina de la sustracción de materia y declararse inhibido, toda vez que estimo necesario que la jurisdicción contenciosa administrativa haga su pronunciamiento, por cuanto pueden estar pendiente la solución

de controversias sobre actos individuales dictados en cumplimiento del acto general que ha sido demandado en acción pública y que al momento de dictarse sentencia ha dejado de existir en el mundo jurídico, entre otras razones, porque de nó hacerse así, no habría manera de fallar la acción de restablecimiento del derecho de los particulares contra los actos individuales que les causan perjuicios, dado que existe la presunción de legalidad del acto administrativo, que en tal caso no solo sería el individual, sino el del carácter general en el cual se apoya. Estimo pues acertado ese pronunciamiento doctrinario de la sentencia, el que además, ha sido siempre la doctrina de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a la cual pertenezco.

2o. No comparto en cambio, la nulidad decretada de los artículos 3° y 4° del Decreto demandado por las razones que a continuación expongo:

a) Fallo *Extrapetita*. Para llegar a la nulidad de los artículos 3° y 4° del Decreto Reglamentario 196 de 1986, la demanda funda tal nulidad en la contradicción que no comparto de tales normas, con los artículos 1°, 46, 154 y 162 del Decreto 444 de 1967. En este punto observo que el fallo es *extrapetita,* es decir, por fuera de lo pedido, por cuanto en la demanda, que es el marco jurídico dentro del cual debe moverse el sentenciador, no se indicó como violado sino los siguientes artículos, por falsa motivación, los literales a) y k) del artículo 3° de 1984; el artículo 162 del Decreto 444 de 1967, y el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional y los artículos 30 y 31, 76 ordinal 4°, 80 de la Constitución Nacional y el inciso 1° del artículo 46 del citado Decreto 444/67. No se mencionó como disposición violada los artículos 1° y 154 del Estatuto Cambiario; por tanto, al servir de soporte para la decisión la presunta violación de tales disposiciones, la Sala erró al fallar *extrapetita*, porque es bien sabido que el juez de lo contencioso administrativo, no puede hacer pronunciamiento distinto sino en relación con lo pedido, y en los términos en que fue pedido. Este aspecto lo considero fundamental y sobre él hay abundante jurisprudencia.

Y en cuanto a la violación o a la falta de sustento legal de los artículos 3° y 4° del Decreto 196/86, baste con transcribir las normas supuestamente en conflicto para que quede claro que tales artículos no contrarían la norma reglamentada y que si hay algún desbordamiento del sistema legal, él no proviene de estos artículos, sino de la misma Ley 1a. de 1984, y es bien sabido que la competencia del Consejo de Estado para anular normas generales es solo sobre las de carácter administrativo, pero no de aquellas que tengan carácter legal, por cuanto en tal caso, el pronunciamiento corresponde a la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su función de guarda de la Constitución Nacional.

Los textos en supuesto conflicto, dicen así:

"La Ley 1a de enero 10 de 1984: Artículo 3°: Literales a) y k) reglamentados en el Decreto 196/86, que fueron anulados y que se dictaron con base en estas normas, dicen:

"Artículo 3°: Además de las funciones que señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968, y de las disposiciones legales y reglamentarias en vigencia, el Ministerio de Minas y Energía ejercerá las siguientes:

"a) Adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburo, así como la política sobre generación, transmisión, interconexión, distribución y establecimientos de normas técnicas en materia de electricidad, y, en general lo de todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales *relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del País* en concordancia con los planes generales de desarrollo". (Lo subrayado no es del texto).

"..."

"k) Fijar, de acuerdo con la Comisión del Precio del Petróleo y del Gas Natural, *los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburo deben destinar a la refinación en el País y su forma de pago,* los precios de ventas y los que correspondan, para efectos cambiarios y fiscales a los hidrocarburo de exportación y sus derivados y los valores que hayan de reintegrarse cuando la producción no se procese en el territorio nacional en las correspondientes proporciones". (Lo subrayado no es del texto).

A su turno, los artículos 3° y 4° del Decreto 196 de enero 17 de 1986, anulados en la sentencia tienen el siguiente tenor literal:

"Artículo 3°: *Con el fin de prever las futuras necesidades de abastecimiento y satisfacer las exigencias de las industrias de los hidrocarburos,* Ecopetrol, tendrá la primera opción de compra sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna y solo en el evento de que la empresa en mención, no ejercite esta opción, los particulares podrán exportar los excedentes". (Lo subrayado no es del texto).

"Parágrafo: "La Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural y el Ministerio de Minas y Energía reglamentarán la forma como se ejercerá la aludida opción".

"Artículo 4°: Los precios correspondientes al Petróleo en desarrollo del artículo anterior, no podrán ser superiores a los precios para los crudos que se destinen a la refinación interna".

Como es fácil observar, no existe ninguna contradicción entre lo dispuesto en los artículos 3° y 4° anulados, y el literal a) del artículo 3° de la Ley 1a./84, porque la finalidad de tales normas está dirigida al *aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país,* según el literal a), y, porque además, conforme al literal k) es compe-

tencia del Gobierno fijar, *los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburo deben destinar a la refinación en el país, para garantizar el abastecimiento interno de la Nación,* de suerte que lo dispuesto en estos artículos que fueron anulados está íntimamente ligado con la norma contenida en el artículo 1° del mencionado Decreto 196 de enero de 1986, cuya anulación negó la Sala, acertadamente, y que dice así:

> "El Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, *al fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburo deben destinar a la refinación en el país, tendrán en cuenta las necesidades actuales y futura del abastecimiento interno;* e igualmente, los factores que inciden en la operatividad y mecanismo de comercialización necesario para que el país garantiza su auto abastecimiento, tanto en la actualidad como en en el futuro". (Lo subrayado no es del texto).
>
> "Parágrafo: El Ministerio de Minas y Energía determinará los volúmenes de distribución del petróleo de que trata el presente artículo, teniendo en cuenta las características de los yacimientos, la recuperación de las inversiones y la auto suficiencia de crudo en el futuro del país".

Queda clara la conexidad del artículo primero del Decreto 196 de 1986, cuya nulidad negó la Sala en la misma sentencia, con los artículos 3° y 4° que fueron anulados.

Comparto integralmente el criterio expuesto por los doctores JOAQUIN BARRETO RUIZ y DIEGO YOUNES MORENO, en relación con la naturaleza jurídica de la Ley 1a/84, al considerarla como ley cuadro, para justificar la amplitud del reglamento que se critica en la sentencia, que a mi modo de ver, está absolutamente encuadrada dentro de la norma reglamentada.

Por otra parte, en el caso eventual de que tales normas tuvieren en contradicción, con derechos de exportadores garantizados en el artículo 46 inciso primero, Decreto 444/67, habría que concluir que la contradicción es con la Ley 1a/84 y no con los decretos reglamentarios, y, en tal caso, la Corporación carece de competencia para cualquier pronunciamiento. Además, cuando una disposición legal esté en contradicción con otras de igual rango y posterior debe considerarse insubsistente. En efecto, en el caso *sub-lite,* por ser especial la materia relativa a hidrocarburos, las disposiciones de la Ley 1a./84 tienen aplicación preferente.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

SUSTRACCION DE MATERIA - (Salvamento de voto)

En tratándose de un acto generador de situaciones generales e impersonales, sobre las cuales se ejercita la acción de nulidad o contencioso objetivo, él, es decir, el acto administrativo no es excluible *a priori* del designio de mérito, bien para sostener con la correspectiva decisión la presunción de legalidad que *ab initio* lo reviste, ora para el proferimiento de la nulidad que de él se suplica por la vulneración de mandatos de rango superior so pretexto de considerar, con una incuestionable precariedad de cimentación que él *per se*, no produce efecto concreto alguno y derivar de ese supuesto la conclusión procesal de la inocuidad de un pronunciamiento jurisdiccional de fondo cuando aquél ha sido derogado.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR RODRIGO VIEIRA PUERTA

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-157. Actor: Robert Bruce Raisbeck.

De manera respetuosa, me permito discrepar de la decisión adoptada por la Sala Plena en el proceso de la referencia, con fecha 14 de enero de 1991, adhiriéndome a las razones expuestas por el Dr. Carlos Betancur Jaramillo en su salvamento de voto, en cuanto al aspecto de fondo o sustantivo; y acogiéndome de ella en el aspecto tratado de la sustracción de materia en la parte que de esa providencia reza, y que el suscrito cita a título de síntesis:

> "Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el

tiempo y en el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legitimidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo".

Y ello por las consideraciones que me permito consignar que a la vez fueran aducidas como razones en la sentencia de septiembre 20 de 1990, expedientes 1043-1074, del suscrito como ponente:

La tesis de la sustracción de materia en el proceso contencioso administrativo, con la consecuente decisión inhibitoria, supone en lenguaje negativo el desaparecimiento de un interés jurídico en el proceso y correlativamente en su acepción positiva, el reequilibrio de un orden jurídico conculcado en el evento en que el acto infractor haya sido objeto de derogación expresa o tácita. Ese restablecimiento automático que parece obrarse, depura y mundifica en consecuencia el orden legal, dentro del marco de la finalística propia de la legitimidad que lo estructura, en general, de las manifestaciones de voluntad administrativa, que le infieren padecimiento.

Empero, y en su tradicional lineamiento jurisprudencial como génesis de la figura sub-estudio, se suele distinguir con relación a ella entre el acto creador de una situación general, del generante de una subjetiva, personal y concreta, para pregonar del primero la ausencia de un contingente efectual en la órbita de los derechos subjetivos, lo cual lo excluye de una atención procesal de mérito cuando la derogación ha obrado como causa eficiente el retorno al imperio de la legalidad, por estimar entonces que el respectivo pronunciamiento por el órgano jurisdiccional en su esfera sustancial se torna inocuo y, predicar del segundo la necesidad de una decisión judicial, cuando el acto enjuiciado ha causado quebranto o es susceptible de incidir en la esfera de intereses jurídicamente protegidos.

La preanotada distinción traduce un aserto no exento de posibles desviaciones en la teleología procesal que caracteriza y especifica la sentencia como una decisión culminante que trasunta y evidencia la verdad de lo por ella deducido; *Res judicata pro veritate habetur*, y que en la órbita de la contención administrativa, por imperativo lógico solo podría, alternar entre el sostenimiento de esa manifestación de voluntad o situación administrativa, por su conformidad con la ley *(secundum legem)* o su límite contrario, la sanción nulatoria *(contra legem)*, proposición que, por razón de su naturaleza, la sentencia,"... el asunto se sitúa, entre los extremos de mantenimiento del acto impugnado o su anulación ...", como lo afirma Vedel citado por el tratadista Carlos Betancur Jaramillo.

Significa lo precedente que, en tratándose de un acto generador de situaciones "generales" e "impersonales", sobre las cuales se ejercita la acción de nulidad o contencioso objetivo, él, es decir, el acto administrativo no es excluible *a priori*

del designio de mérito anotado, bien para sostener con la correspectiva decisión la presunción de legalidad que *ab initio* lo reviste, ora para el proferimiento de la nulidad que de él se suplica por la vulneración de mandatos de rango superior so pretexto de considerar, con una incuestionable precariedad de cimentación que él, *per se*, no produce efecto concreto alguno y derivar de ese supuesto la conclusión procesal de la inocuidad de un pronunciamiento jurisdiccional de fondo cuando aquél ha sido derogado.

Se enfatiza que el suscrito no comulga con la sentencia en su aspecto de fondo, que explica así el salvamento de voto que se consigna.

Atentamente,

Rodrigo Vieira Puerta.

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia/ **DIMAR** - Facultades/ **POLICIA MUNICIPAL** - Facultades/ **PODER DE POLICIA**

El acto proferido por Dimar le otorga a la demandante concesión para construir un kiosko de madera en las playas de Marbella, al paso que el proferido por la Alcaldía de Cartagena le ordena demoler la construcción levantada al amparo de la concesión citada; sin embargo, la contradicción entre los dos actos es aparente y en la realidad, las dos entidades han ejercido funciones propias que antes de contradecirse, se complementan. Lo que ocurrió fue que la peticionaria, beneficiaria de la concesión otorgada por Dimar, procedió a levantar la construcción haciendo caso omiso de las obligaciones que se le imponían tanto por la resolución que se la otorgaba como por las normas de carácter municipal a las que debía sujetarla necesariamente.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., enero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. C-135. Actor: Betty Monterrosa de Martínez. Conflicto de competencias administrativas entre la Alcaldía de Cartagena y la Dirección General Marítima y Portuaria. FALLO.

Decide la Sala la acción de conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Alcaldía de Cartagena y la Dirección General Marítima y Portuaria, promovida por la ciudadana Betty Monterrosa de Martínez.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, la citada ciudadana promovió ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, acción de definición de competencias administrativas a fin

de que se declare la incompetencia de la Alcaldía de Cartagena para expedir la Resolución No. 378 del 21 de abril de 1989 y se decrete su suspensión y nulidad, toda vez que la competencia, afirma, corresponde a la Dirección Marítima y Portuaria.

El Magistrado Sustanciador, en el Tribunal, antes de resolver sobre la admisión de la demanda, profirió auto ordenando solicitar a la Alcaldía documentos relativos al recurso de reposición que hubiera podido interponer la actora contra la Resolución No. 378 de 1989 y copia auténtica del Decreto municipal 184 de 1978.

Una vez la Alcaldía envió copia de los documentos solicitados, el Tribunal, mediante auto de 3 de octubre de 1989, inadmitió la demanda en razón a que la actora no solicitó, junto con la anulación de la Resolución 378 citada, la que resolvió sobre el recurso de reposición interpuesto, esto es, la No. 491 de 1989 de la Alcaldía de Cartagena.

La actora interpuso contra el auto mencionado recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, el que le fue concedido, correspondiéndole su tramitación en esta Corporación a la Sección Primera. El Consejero Ponente presentó a la Sala de la Sección proyecto de auto determinando el envío de los autos a la Sala Plena, el cual fue aprobado. Dicho traslado se produjo, por cuanto la Sección consideró que se estaba en presencia, no como lo había entendido el Tribunal, de una acción de restablecimiento del derecho, sino de una acción de definición de competencias administrativas y que por estar comprometidas en el supuesto conflicto una entidad del orden nacional y una entidad territorial, su solución compete privativamente y en única instancia a la Sala Plena Contenciosa de la Corporación.

El Consejero Sustanciador, previa declaratoria de nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 3 de octubre de 1989, inadmisorio de la demanda, y habida cuenta de que la acción fue promovida dentro de la vigencia del artículo 88 de Decreto-Ley 01 de 1984, en su redacción original, la admitió y le dio el trámite procesal pertinente.

El supuesto conflicto de competencias administrativas

Según el accionante, el presunto conflicto de competencias administrativas se plantea entre la Resolución enjuiciada, es decir, la No. 378 de 21 de abril de 1989 proferida por la Alcaldía de Cartagena, con fundamento en el Decreto municipal No. 184 de 1978, por cuyo medio se ordenó a la actora demoler una estructura de madera levantada sin licencia de esa alcaldía en las playas de Marbella y la Resolución No. 1604 del 18 de octubre de 1988, emitida por la Dirección General Marítima y Portuaria, por la cual dicho organismo nacional otorgó a la actora concesión para construir en un lote de terreno de las playas de Marbella, un kiosko y le fijó las obligaciones derivadas de tal concesión, fundamentándose en el Decreto-Ley 2324 de 1984.

Traslado para alegar

Venció el término legal del traslado para alegar, concedido a las partes, sin que ninguna de ellas se pronunciara.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero establecer que en efecto, es, de conformidad con las normas vigentes sobre competencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo la encargada de dirimir el presunto conflicto planteado. De la lectura del artículo 128, numeral 15, del C.C.A. no queda duda alguna de que en el presente caso es el Consejo de Estado, en única instancia y privativamente la entidad competente para avocar el conocimiento de la acción propuesta ante el Tribunal Administrativo de Bolívar por la ciudadana demandante, ya que la definición de competencias se plantea entre un acto del orden municipal y un acto proferido por un organismo del orden nacional.

En segundo lugar, precisa la Sala, que la presente acción fue incoada en junio 2 de 1989, fecha en que la respectiva demanda se presentó ante el referido Tribunal, por lo que, la normatividad sobre titularidad de la acción y demás regulaciones atinentes a ella, contenida en el artículo 88 del C.C.A., que deberá aplicarse, es la correspondiente a la versión original del Decreto 01 de 1984 y no la que está contenida en la versión modificada de dicho artículo que trae el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, disposición ésta que comenzó a regir el 7 de octubre de 1989.

Ahora bien, con respecto al fondo de la cuestión, precisa también la Sala que las circunstancias fácticas expuestas por la accionante a su consideración se encuadran dentro de la hipótesis normativa contenida en el artículo 88 del Decreto 01 de 1984, por cuanto se trata en el *sub-lite* de que dos autoridades realizan simultáneamente (por lo menos en apariencia) funciones iguales respecto de una misma persona o cosa y el particular que acciona tiene interés directo por razón de ser afectado con las decisiones en conflicto. Se recuerda que, uno de los actos administrativos, el proferido por DIMAR, le otorga a la demandante concesión para construir un kiosko de madera en las playas de Marbella, al paso que el otro, el emanado de la Alcaldía de Cartagena, le ordena demoler la construcción levantada al amparo de la concesión citada.

No obstante lo anterior, la Sala estima que la contradicción entre los dos actos administrativos es aparente y en la realidad, las dos entidades han ejercido funciones propias que antes que contradecirse, se complementan. Veámoslo:

La Resolución 1604 de 1988 proferida por DIMAR, condicionó el otorgamiento de la concesión al cumplimiento de algunos requisitos de los cuales se da cuenta tanto en los considerandos como en su parte resolutiva. Varios de esos requisitos suponen para su cumplimiento el obtener de las autoridades municipales

licencias o permisos previos; tal el caso de la conexión de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a las redes municipales.

La Resolución 378 de 1989, proferida por la Alcaldía de Cartagena, que ordena la demolición parte de la base de que la Secretaría de Obras Públicas negó la licencia por cuanto la peticionaria adjuntó a su solicitud una certificación de las Empresas Públicas Municipales mediante la cual se da cuenta de la no factibilidad de instalar los servicios de agua y alcantarillado.

Planteadas así las cosas, desaparece la pretendida contradicción entre las actuaciones de los dos organismos administrativos, ya que en realidad lo que ocurrió fue que la peticionaria, beneficiaria de la concesión otorgada por DIMAR, procedió a levantar la construcción haciendo caso omiso de las obligaciones que se le imponían tanto por la resolución que se la otorgaba como por las normas de carácter municipal a las que debía sujetarla necesariamente.

A este respecto conviene traer a colación lo expresado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en concepto rendido con ponencia del Consejero Javier Henao Hidrón al responder a consulta formulada por el Gobierno sobre aplicación de las normas del Decreto 2324 de 1984 que faculta a Dimar para el otorgamiento de concesiones en las playas y las del Código Nacional de Policía que le atribuyen a los municipios facultades para regular lo atinente a la ordenación de su territorio, cuando dijo:

> "Con todo, la Sala considera que es importante tomar en consideración que en el asunto materia de estudio, existe una convergencia entre las normas citadas, pues todas ellas tienen una finalidad común: la protección del espacio y de los bienes públicos, en procura de evitar que la acción ilegal de los particulares afecte los derechos que tiene la comunidad de usar y disfrutar de ellos ordenadamente. Por lo mismo, es necesario que a dichas normas se les de aplicación en forma armónica, consultando el interés público, y atendiendo a la complementariedad que entre ellas existe" (Radicación No. 355).

Lo precedentemente expuesto es suficiente para no acceder a la petición formulada por la actora de declarar nula la Resolución No. 378 de 21 de abril de 1989 proferida por la Alcaldía de Cartagena.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase que no existe el conflicto de competencias planteado y en consecuencia se deniegan las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Chahín Lizcano, Myriam Guerrero de Escobar, Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo,* Ausente; *Carlos Ramírez Arcila, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Con aclaración de voto; *Alvaro Lecompte Luna,* Aclaró voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltiure, José Padilla,* Ausente; *Julio César Uribe Acosta, Dolly Pedraza de Arenas, Rodrigo Vieira Puerta, Diego Younes Moreno, Carmelo Martínez Conn, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Con aclaración de voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONFLICTO DE COMPETENCIA - (Aclaración de voto)

En atención a cuestiones futuras semejantes, es útil y necesario puntualizar los alcances del nuevo texto del artículo 88 del C.C.A. (art. 18 D. L. 2304/89), no obstante, no es aplicable al caso *in examine*. El nuevo texto estableció cuándo puede haber conflicto de competencia administrativa -determinando dos posibilidades-, quiénes son titulares de la mal llamada "acción", cómo se tramita procedimentalmente hablando la "acción", para qué es la "acción", qué se busca con ella y cuál es su finalidad.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

EN EL PROVEIDO CALENDADO A VEINTIDOS (22) DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991).

Bogotá, D.E., febrero primero (1o.) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Radicado No. C-135. Actor: Betty Monterrosa de Martínez. Conflicto de competencias administrativas entre la Alcaldía de Cartagena y la Dirección General Marítima Portuaria.

El suscrito consejero está en perfecto acuerdo con sus colegas integrantes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por cuanto ciertamente no existe conflicto de competencias administrativas planteado por la actora en este asunto y en que, a consecuencia de ello, han de denegarse las demás súplicas de la demanda.

Ciertamente que para que exista un conflicto de esa naturaleza es menester que un organismo o entidad de Derecho público crea que otro de ellos tiene las atribuciones para resolver un asunto dado y que éste a su turno, estime que las normas legales las han radicado en aquél, o que ambos organismos o entidades administrativas consideren ser las depositarias de tales facultades.

Y como en el caso *sub-lite* ocurre que la Dirección Marítima y Portuaria otorgó licencia a la actora para construir una estructura de madera en las playas de Marbella de la ciudad de Cartagena (Resolución No. 1604 de 18 de octubre de 1983), mas fijándole las obligaciones -mejor, condiciones- para levantar el "kiosko" en dichos terrenos, y que entre ellas estaba la de obtener de las autoridades municipales las licencias o permisos previos para lo atinente a la conexión de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, es obvio que cuando la Alcaldía, por medio de la Resolución No. 378 de 21 de abril de 1989, ordenó la demolición del "kiosko", lo hizo, en primer término, porque la hoy actora lo construyó o comenzó a construirlo sin obtener previamente la licencia a que estaba obligada, y en segundo lugar, por cuanto el sitio de la concesión era o es inadecuado para instalar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

De modo que es suficientemente claro que ambos organismos administrativos obraran dentro de sus respectivas esferas, sin que pueda predicarse que se está en presencia de un conflicto de competencias.

También está de acuerdo el suscrito respecto a lo que atañe a la competencia jurisdiccional que de manera privativa reposa en esta Sala para dirimir el supuesto conflicto, al tenor del art. 128, numeral 15, del C.C.A., y en lo atinente a que procedimentalmente hablando es aplicable la versión original del art. 88 ibídem, tal como fue incoada el 2 de junio de 1989 y, por ende, antes de que entrara en vigencia el Decreto Ley 2304 de este último año (7 de octubre de 1989).

Sin embargo, el suscrito consejero, en atención a cuestiones futuras semejantes, piensa que es útil y necesario puntualizar los alcances del nuevo texto del citado art. 88 contenido en el art. 18 del Decreto Ley 2304 de 1989, no obstante que, como ya se indicó, no es aplicable al caso *in examine*.

Para el suscrito consejero, el nuevo texto de la normatividad en cuestión estableció lo siguiente:

a) *Cuándo puede haber conflicto de competencia administrativa* y determinó dos posibilidades:

1a. Que una entidad se considere incompetente y que en virtud de ello remita la actuación a la que estima competente, y que ésta también se considere incompetente (segundo inciso).

2a. Que las dos -ambas- entidades se consideren competentes y, en tal virtud, *actúen*, es decir, profieran o dicten *actos* administrativos, de trámite o de conclusión.

Obsérvese que el cuarto inciso del art. 88 actual dice que las dos entidades que tal cosa consideren "*remitirán la actuación* al correspondiente tribunal o al Consejo de Estado" por lo que es claro que hubo de haber manifestaciones de voluntad de ambas entidades y esas manifestaciones unilaterales de voluntad, necesariamente, son actos administrativos.

b) *Quiénes son titulares de la "acción".* La disposición sienta las alternativas de que puedan ser titulares de esta mal llamada acción, bien las entidades u organismos en conflicto, bien la parte interesada. Obsérvese que en su primer inciso -que es una cabal premisa mayor, gramatical o lógicamente concebida como punto de arranque de lo anotado en los demás incisos o párrafos- es una oración integrada por un *sujeto* -"los conflictos de competencias administrativas"- y por un *predicado* -"se promoverán de oficio o a solicitud de parte"-, cuyo núcleo es el *verbo* promover conjugado en futuro, referido a un complemento indirecto -el sintagma "*se*", pronombre personal que representa a "los conflictos de competencia", con el fin de expresar el beneficiario de la acción-, y referido igualmente a dos complementos circunstanciales unidos por la conjunción disyuntiva "o". Estos dos complementos circunstanciales muestran quiénes pueden ser los eventuales titulares de la promoción de los conflictos: las propias entidades "de oficio") o el interesado ("a solicitud de parte"). O para decirlo en otra forma: Los promotores de la acción, sus titulares, pueden ser las propias entidades o la parte interesada.

c) *Cómo se tramita procedimentalmente hablando la "acción".* Ya *motu proprio*, ya a petición de la parte, del interesado, la entidad que también, igual que la primera, se declara incompetente, remite *la actuación* (tuvo entonces que haber actos administrativos, de trámite o no, en los cuales las entidades se declaran incompetentes) al Tribunal correspondiente o al Consejo de Estado. En el caso de que las dos se consideren competentes, bien de oficio, bien a solicitud de parte, *"remitirán la actuación"* al organismo jurisdiccional que fuere del caso.

Y una vez aquí hay un procedimiento muy breve: se da traslado a las partes por el término de tres (3) días para que se presenten sus alegatos (es decir, las entidades en conflicto y posiblemente el interesado en que se dirima el conflicto), y vencido el término, la Sala Plena resolverá dentro de los diez (10) días siguientes (tercer inciso).

d) *Para qué es la "acción", qué se busca con ella, cuál es su finalidad.* Que el Tribunal o el Consejo de Estado *diriman* el conflicto. Que digan cuál es el competente. Viene a ser una real actuación "arbitral", porque van a señalar si hay conflicto o si no lo hay; y si lo hay, cuál es el competente de acuerdo a las normas legales que fijan las facultades o las atribuciones a una de esas dos entidades, o, tal vez, a ninguna de ellas.

Reconoce el suscrito que el art. 88 (el 18 del Decreto Ley 2304 de 1989) es muy confuso y que por su falta de ilación se presta a múltiples interpretaciones. Y aunque en el caso *sub-lite* no tiene la más mínima incidencia y que está en entero acuerdo con el fallo del 22 de enero de 1991, como muy pronto se presentarán asuntos similares al presente, es bueno ir estableciendo precisiones y por eso, después de esta aclaración de voto, se irán haciendo más análisis de lo que la nueva norma ha consignado, según se espera.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

CONFLICTO DE COMPETENCIAS - (Aclaración de voto)

En el caso concreto no existe conflicto de competencias, pues se trata del ejercicio de dos competencias diversas, una de carácter nacional, otra del orden municipal.

El incidente que se presenta por razón de un conflicto de competencias administrativas, positivo o negativo, no puede originarse en la actividad de una o de la partes interesadas en la actuación, desarrollada ante el propio Juez, mediante el ejercicio de la mal denominada "acción", sino que ese incidente se plantea ante las diversas autoridades administrativas quienes, según lo que resuelvan, deben proceder a remitir la actuación o actuaciones al juez.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente No. C-135. Actor: Betty Monterrosa de Martínez.

En el caso de la referencia, evidentemente no existe el conflicto de competencias administrativas sometido a la consideración de la Sala Contenciosa de la Corporación, ya que , como se expresa en la decisión que compartí, se tratra del ejercicio de dos competencias diversas, una de carácter nacional, otra del municipal. La primera, es decir, la ejercida por DIMAR tiene que ver con la utilización de un bien de uso público, como son las playas de la República; la otra, tiene relación con la licencia o permiso que le corresponde a las autoridades nunicipales conceder, para adelantar obras de construcción, modificación, adecuación, reparación y demolición de edificios, urbanizaciones y parcelaciones. De modo que puede acontecer, como sucedió en el caso *sub lite*, que un particular obtenga del órgano competente del orden nacional la autorización, licencia o concesión para la utilizacion transitoria de un bien del dominio público, pero la autoridad muni-

cipal, con competencia para ello, no conceda la licencia o permiso de construcción, en razón, por ejemplo, de no ser posible suministrarle a la construcción los servicios públicos requeridos.

Empero, considere que era mi deber aclarar mi voto, para expresar siguiente:

1o. A partir de la vigencia del Decreto Ley 2304 de 1989, artículo 18, por medio del cual se subrogó el artículo 88 del C.C.A., el objeto de este incidente, que lo es, así la ley expresamente diga que se trata de una "acción de definición de competencias administrativas", no puede ser, como lo era durante la vigencia del primitivo artículo 88 precitado, la de pretender la suspensión o anulación de actos, preparatorios o definitivos, dictados por administraciones públicas dentro de una actuación administrativa o en la denominada vía gubernativa.

El objeto será, como lo fue durante la vigencia de la Ley 167 de 1941, buscar un pronunciamiento del juez que ejerce el control de legalidad sobre la autoridad administrativa, sobre a cuál de las dos o más entidades en conflicto, positivo o negativo, corresponde decidir una cuestión que se le plantea por medio de una petición formulada en interés particular, o que debe resolver de manera oficiosa.

2o. En consecuencia, como se deduce de la misma normatividad contenida en el artículo 88 del C.C.A., en concordancia con el Art. 33 *ibídem* si a un funcionario se le dirige una petición, o ante quien se cumple con el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, y se le plantea por un tercero su falta de competencia para conocer y decidir, u oficiosamente así lo considera la autoridad, dicho funcionario debe enviar el escrito y documentación a quien considere competente, quien podrá asumir el conocimiento del asunto o no. Si asume el conocimiento de la actuación, no existirá la colisión de competencia. Si considera que tampoco es el competente, debe ordenar remitir la actuación al tribunal correspondiente o al Consejo de Estado, para que, previo el trámite incidental señalado en el artículo 88 invocado, decida el problema o colisión de competencias negativas, y señale a quien corresponde, según la Constitución o la ley, conocer de aquella. El juez administrativo, a mi modo de ver, puede decidir que quien debe conocer sea el funcionario a quien inicialmente se le presentó la petición, o que le corresponde al funcionario o autoridad que recibió la actuación que el primero le remitió, o que, finalmente, no correspondiendo a ninguno de ellos, la competencia está radicada en autoridad o funcionario diferente, a quien no tiene porqué oírse previamente, por cuanto no se trata de imponerle una obligación o condena, ni mucho menos de indicarle cómo debe decidir.

Cuando, por el contrario, dos o más autoridades , por haberse considerado previamente competentes, están adelantando sendas actuaciones administrativas en relación con la misma materia y, eventualmente, con las mismas personas, promovido o planteado ante ellas por persona interesada, o de manera oficiosa por una autoridad a otra, el conflicto positivo de competencias administrativas, si las dos o más autoridades siguen considerándose competentes, deben proceder

a remitir lo actuado a las mismas corporaciones jurisdiccionales para que, previo el trámite incidental, decidan lo que corresponda en materia de competencia.

Como se observa, entendidas las disposiciones concordantes en esa forma, no existirá la posibilidad de que llegue a producirse un acto administrativo que sea objeto de anulación y suspensión provisional, como lo contemplaba la disposición subrogada por el art. 18 del Decreto 2304 de 1989.

3o. Empero, aceptando la posibilidad de que se produzca uno o varios actos administrativos dictados por diferentes funcionarios o autoridades, eventualmente contradictorios, bien por cuanto deciden en sentido contrario, bien porque se niegan a adoptar una decisión definitiva o de fondo, o bien por cuanto deciden en el mismo sentido, el administrado no estará privado de la posibilidad de llevar el asunto a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en razón de lo ya expuesto sobre los alcances del artículo 88 del C.C.A., en concordancia con el 33 *ibídem*. El administrado afectado con el acto que no decide, motivado en la falta de competencia, o que decide invocándola sin poseerla, o con los actos que deciden en sentido contrario, no obstante la protesta que hizo de su conocimiento, tendrá la posibilidad de instaurar la acción de nulidad o la de nulidad con restablecimiento del derecho, alegando la falta de competencia por razón de la materia o el desconocimiento de la norma positiva de derecho que se la otorga, etc.

Reitero, entonces, los planteamientos que hiciera en mi salvamento de voto a la sentencia o providencia dictada en el caso de la sociedad "Ganagol S.A.", Exp. C-146, en el sentido de que el incidente que se presenta por razón de un conflicto de competencias administrativas, positivo o negativo, no puede originarse en la actividad de una o de las partes interesadas en la actuación, desarrollada ante el propio Juez, mediante el ejercicio de la mal denominada "acción", sino que ese incidente se plantea ante las diversas autoridades administrativas quienes, según lo resuelvan, deben proceder a remitir la actuación o actuaciones al juez.

Fecha Ut supra.

Miguel González Rodríguez.

CONFLICTOS DE COMPETENCIA/ ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS - Titularidad (Aclaración de voto)

La eliminación de la mención a la persona interesada en el nuevo texto del art. 88, aprobado por el artículo 18 del Decreto 2304/89, no debe entenderse en el sentido de que haya desaparecido su titularidad, pues si así fuera, el conflicto sólo podría ser planteado por las autoridades y aquella persona no tendría mecanismo para buscar la solución del conflicto en caso de que dichas autoridades se abstuvieran de plantearlo. Debido a las dificultades de redacción del nuevo texto del artículo 88 C.C.A., es necesario aplicar al procedimiento allí previsto algunos principios generales del derecho procesal para evitar la violación de garantías esenciales.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
A LA PROVIDENCIA DE 22 DE ENERO DE 1991

Bogotá, D.E., febrero cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. C-135. Actor: Betty Monterrosa de Martínez. Conflicto de competencias administrativas entre la Alcaldía de Cartagena y la Dirección General Marítima y Portuaria.

A pesar de compartir la parte resolutiva de la providencia que puso fin al proceso de la referencia, por cuanto no existió el conflicto de competencias planteado, he considerado necesario aclarar mi voto por las siguientes razones expresadas durante la discusión:

1a. No obstante que al final se excluyó la referencia al titular de la acción, teniendo en cuenta que por el momento de presentación de la demanda era

aplicable en ese tema el texto original del art. 88 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984), que expresamente preveía dicha titularidad en cabeza de cualquier persona que tuviera interés directo o de cualquiera de las autoridades en conflicto, considero conveniente dejar sentado mi criterio en el sentido de que la eliminación de la mención a la persona interesada en el nuevo texto del art. 88, aprobado por el art. 18 del Decreto 2304 de 1989, no debe entenderse en el sentido de que haya desaparecido su titularidad, pues si así fuera, el conflicto solo podría ser planteado por las autoridades y aquella persona no tendría mecanismo para buscar la solución del conflicto en caso de que dichas autoridades se abstuvieran de plantearlo.

2a. Debido a las dificultades de redacción del nuevo texto del art. 88 del C.C.A., es necesario aplicar al procedimiento allí previsto algunos principios generales del derecho procesal para evitar la violación de garantías esenciales. Es así como en el caso concreto controvertido se corrió traslado a las partes, como efectivamente lo ordena el tercer inciso del nuevo texto del art. 88, aplicable al trámite en virtud del principio de aplicación general inmediata a pesar de que la demanda se hubiera instaurado con anterioridad a su vigencia, sin que la Alcaldía de Cartagena ni el Ministerio de Defensa, del cual depende la Dirección General Marítima y Portuaria, tuvieran siquiera conocimiento de la existencia del proceso, pues no se les notificó nunca personalmente ninguna decisión.

El suscrito Consejero reconoce que las anteriores aclaraciones pueden ser controvertibles, como lo son muchos de los criterios expresados en la Sala por otros distinguidos colegas, todo ello debido a la desafortunada redacción del nuevo art. 88 del C.C.A. y a la falta de antecedentes que permitan auscultar la intención y el criterio de quienes redactaron la nueva norma.

En ese orden de ideas las aclaraciones expresadas en este escrito y las demás presentadas por otros Consejeros, deben servir de invitación respetuosa a todos los miembros de la Sala para definir una interpretación precisa y suficientemente coherente, que evite decisiones contradictorias como las que se han venido presentando alrededor de este tema, y se contribuya así a una mayor seguridad jurídica.

Con el debido respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

ACCION DE NULIDAD/ INTERVENCION DE TERCEROS/ LEGITIMACION PROCESAL/ MEDIOS DE IMPUGNACION - Titularidad

Si la acción de nulidad es una acción pública, los medios de impugnación que se deben hacer valer en el procedimiento ordinario, no pueden impetrarse como la acción pública, pues ellos están reservados para quienes hayan acudido dentro de la oportunidad legal a hacerse parte en el proceso, como demandante, demandado o interviniente y en tal calidad interponer oportunamente los recursos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sala Plena.- Bogotá, D.E., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. S-163. Actor: Leonel Olivar Bonilla. RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA. FALLO.

1o. El ciudadano Leonel Olivar Bonilla en ejercicio de la acción pública de nulidad solicitó a la Corporación que se decretara la nulidad del artículo 2° del Decreto Reglamentario 1200 de 30 de junio de 1987, por medio del cual se reglamentan algunas disposiciones del Código de Procedimiento Penal.

2o. La Sección Primera de esta Corporación, con ponencia del Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, con fecha 6 de julio de 1990, decretó la nulidad de la norma acusada.

3o. El Ministerio de Justicia aún cuando fue oportunamente notificado sobre la admisión de la demanda no se hizo presente mediante apoderado en el curso del proceso.

4o. En escrito de 6 de agosto de 1990, el ciudadano Carlos Guillermo Castro Guevara, quien no fue parte, ni como actor ni como coadyuvante o impugnante, interpuso recurso de súplica contra la sentencia que decretó la nulidad referida, al quinto día de haber sido desfijado el edicto de notificación de la sentencia.

5o. La Sección Primera del Consejo de Estado en providencia de 25 de agosto de 1990, concedió el recurso extraordinario de súplica por cuanto "el escrito satisface los requisitos previstos en el artículo 130 del C.C.A., ya que el recurso fue interpuesto en tiempo y se indica como contrariada la providencia de 17 de febrero de 1962 proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo."

6o. Corresponde en consecuencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo entrar a resolver el recurso extraordinario de súplica, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1o. El recurrente como ya se advirtió, no se constituyó en parte dentro del proceso, ni como demandante, coadyuvante o impugnante al tenor de lo establecido en el artículo 146 del C.C.A.

2o. Las normas procesales son de orden público y de estricto cumplimiento, con el objeto de que las partes y aún la propia sociedad, tengan la certeza de que sus derechos tendrán pleno y absoluto respeto por parte de quienes administran justicia.

3o. Dentro del marco jurídico procesal, la Ley ha consagrado en forma expresa que los procesos relativos a nulidad de actos administrativos se tramitarán por el procedimiento ordinario; este procedimiento prevé la posibilidad de que los intervinientes se presenten ante el juez administrativo en el período de fijación en lista que el artículo 207 del C.C.A., ha fijado en cinco (5) días, etapa durante la cual pueden además proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

4o. En las normas de procedimiento ordinario expresamente no se consagra otra oportunidad procesal para que un tercero interviniente se presente al proceso. En los procesos electorales, según el artículo 59 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989 cualquier persona puede pedir que se le tenga como parte para prohijar y oponerse a las peticiones de la demanda, señalando además que las intervenciones adhesivas se admiten solamente hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar.

No es posible aplicar esta disposición especial al proceso ordinario, en virtud de que esta norma exceptiva no puede convertirse en regla general.

Igualmente el artículo 52 del C.P.C. que regula la intervención adhesiva y litisconsorcial, fue reformado mediante el Decreto Extraordinario 2282 de 1989, que circunscribe la oportunidad para el coadyuvante quien solamente puede ser

admitido en el proceso, mientras no se haya dictado sentencia de única o segunda instancia. En el presente caso, el recurrente se presentó en el proceso cuando ya se había dictado sentencia definitiva.

5o. Examinados otros recursos extraordinarios, tal como ocurre con el de casación, recurso instituido en interés de la Ley, se aprecia que su interposición está reservada para quien tenga la calidad de parte dentro del proceso correspondiente. (Art. 370 del C.P.C.).

6o. Es bien sabido que los recursos tienen cabida en el proceso mediante la figura de la notificación, la cual para la sentencia en el procedimiento contencioso administrativo, se surte a las partes y al Ministerio Público en los términos previstos en el artículo 173 del C.C.A. y en consecuencia el recurrente no podía ser objeto de ella por carecer de capacidad procesal, en virtud de que antes de dicha providencia no se le había otorgado la calidad señalada.

Debe observarse además, que si la acción de nulidad es una acción pública, los medios de impugnación que se deben hacer valer en el procedimiento ordinario, no pueden impetrarse como la acción pública, pues ellos están reservados para quienes hayan acudido dentro de la oportunidad legal a hacerse parte en el proceso, como demandante, demandado o interviniente y en tal calidad interponer oportunamente los recursos.

7o. Como puede observarse, en el presente caso se trata de un recurso extraordinario y la interpretación de las normas que lo gobiernan es de carácter restrictivo.

8o. Considera la Sala importante señalar, que mediante esta decisión se modifica la jurisprudencia de la Sala Plena, contenida en la providencia de 17 de julio de 1990, de la cual fue ponente el Dr. Carmelo Martínez Conn, en el Expediente S-030, en la cual se sostuvo que "la acción de simple nulidad está instituida en defensa del orden jurídico, y que así como la acción pública no está sometida a caducidad, igualmente cualquier ciudadano puede intervenir en favor o en contra de lo pedido hasta cuando los recursos ordinarios o extraordinarios se hayan agotado y terminado el proceso definitivamente, derivado todo ello de la perennidad del interés público que tutela la acción pública...".

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Declárase inhibida para decidir el fondo del recurso extraordinario de súplica por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2o. Ejecutoriada esta providencia devuélvase a la Sección de origen para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en sesión realizada el día 29 de enero de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* Salvo voto; *Alvaro Lecompte Luna,* Salvo voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Yuones Moreno, Carlos Betancur Jaramillo,* Salvo de voto; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn,* Con salvamento de voto; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, José Joaquín Camacho Pardo,* Ausente; *Jorge Penén Deltieur,* Salvo de voto.

ACCION DE NULIDAD/ INTERVENCION DE TERCEROS/ LEGITIMACION PROCESAL - (Salvamento de Voto)

Tratándose de procesos en que se ventile el superior interés de la Ley, la intervención de terceros no puede limitarse a determinado estado del proceso, salvo lo que sobre el particular rige especialmente para el juicio electoral. El proceso iniciado en acción pública solamente termina cuando la sentencia que le ponga fin esté ejecutoriada, y dado el interés superior del mantenimiento del orden jurídico, la intervención de terceros debe permitirse mientras la sentencia final no esté ejecutoriada.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Bogotá, D.E., diez y nueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-163. Actor: Leonel Olivar Bonilla.

Mi cordial disentimiento de la sentencia acogida por la mayoría de la Sala, es sobre un tema muy concreto que no se tuvo en cuenta en la decisión de la cual me separo, cual es la naturaleza de la acción ejercida. En efecto, el señor Leonel Olivar Bonilla, en ejercicio de la acción pública de nulidad pidió a la Corporación que declarara la nulidad del artículo 2° del Decreto Reglamentario 1.200 de 1984, por el cual se reglamentan disposiciones del Código de Procedimiento Penal, por considerar tales disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico sustancial y dictadas sin competencia.

Es de público conocimiento que la acción pública de nulidad la puede ejercer no solo cualquier ciudadano, sino cualquier persona residente en el país, aunque no tenga la calidad de nacional colombiano, y que ella está instituida en garantía

del mantenimiento del orden jurídico; no existe por lo mismo, interés particular que mediante ella se pretenda amparar. Esta consideración doctrinaria no la tuvo en cuenta la ilustrada mayoría de la Sala que prefirió en cambio darle aplicación a normas del Código de Procedimiento Civil que regula el trámite de controversias entre particulares, en donde por lo mismo, el interés privado es primordial, y en sustento de esa decisión la Sala dio aplicación al artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, a mi modo de ver equivocadamente.

Es comprensible de acuerdo con lo anterior, que el proceso civil fije el momento hasta el cual los terceros puedan intervenir en el proceso; pero, tratándose de procesos en que se ventilen el superior interés de la Ley, la intervención de terceros no puede limitarse a determinado estado del proceso, salvo lo que sobre el particular rige especialmente para el juicio electoral, en el que se estableció la excepción respectiva, a pesar de ser también una acción pública: pero ello se explica como reacción al abuso del derecho que se cometió en pleitos electorales que se ventilaron ante esta Corporación, especialmente uno en donde se demandaban credenciales expedidas, a algunas personas en el Departamento de Bolívar, para la Cámara de Representantes, casi que con toda seguridad de modo fraudulento. Fue notorio en ese proceso el abuso de muchísimas personas que sin tener interés directo en el pleito, intervinieron proponiendo incidentes, alegando nulidades, todo en el afán de prolongar la situación y para que la Corporación no ejerciera justicia, y reconociera el derecho del demandante. Precisamente, la excepción consagrada por la ley, tratándose de juicios electorales confirma la regla general, a saber: que el proceso iniciado en acción pública solamente termina cuando la sentencia que le ponga fin esté ejecutoriada, y que dado el interés superior del mantenimiento del orden jurídico, la intervención de terceros debe permitirse mientras la sentencia final no esté ejecutoriada.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn

ACCION DE NULIDAD/ INTERVENCION DE TERCEROS/ INTERVENCION LITISCONSORCIAL/ INTERVENCION ADHESIVA - Improcedencia/ **LEGITIMACION PROCESAL** - (Salvamento de voto).

La intervención de terceros en el contencioso de simple nulidad puede ejercerse en cualquier estado del proceso; o sea hasta que la sentencia definitiva quede ejecutoriada. Esta forma de intervención, que no es secundaria en este contencioso de anulación sino principal o litisconsorsial, no puede estar sometida a la oportunidad que señala el artículo 52 del C. de P.C. porque esta norma tiene aplicación sólo en las controversias de derecho privado y cuando se discuten derechos de carácter patrimonial. La intervención en el contencioso de simple anulación no puede ser adhesiva porque frente a los coadyuvantes o impugnadores no puede hablarse que tengan una legitimación menos plena, que los habilite sólo para intervenir reforzando la posición de la parte principal.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-168. Actor: Leonel Olivares Bonilla.

Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, ya que considero que la intervención del Doctor Carlos Guillermo Castro no solo fue oportuna sino técnicamente formulada.

Son razones de mi discrepancia:

La intervención de terceros en el contencioso de simple nulidad puede ejercerse en cualquier estado del proceso; o sea hasta que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

Por eso mismo, dentro del término de cinco días que tienen las partes para interponer el recurso extraordinario de súplica, podrá cualquier persona, si se hace parte, interponer el recurso aludido.

Se aclara que para hacerlo tendrá que pedir, con las formalidades de Ley, que se le tenga como parte. Solo la parte procesal podrá ejercer tal derecho.

Estimo que esta forma de intervención, que no es secundaria en este contencioso de anulación sino principal o litisconsorcial, no puede estar sometida a la oportunidad que señala el C. de P.C. en su artículo 52, porque esta norma tiene aplicación solo en las controversias de derecho privado y cuando se discuten derechos de carácter patrimonial.Aquí los intereses son otros (el imperio de la legalidad) y para buscar su salvaguarda no podrá existir plazo o término de caducidad. Si cualquier persona, en cualquier tiempo, puede formular la demanda de nulidad, ¿por qué no puede intervenir antes de la ejecutoria de la sentencia para coadyuvar o impugnar la demanda, si con esa intervención puede lograr la misma finalidad?

Sobre la intervención en este contencioso anoto adicionalmente:

En el contencioso de simple legalidad la intervención de terceros no ofrece dudas. El tercero que coadyuva o impugna una demanda de tal naturaleza, como lo ha sostenido en múltiples oportunidades el Consejo de Estado, lo hace no como parte accesoria sino en su calidad de parte principal o de interviniente litisconsorcial.

Tiene su importancia esta definición ya que el interviniente no está supeditado al querer de la parte que coadyuva, porque ocupa dentro del proceso una posición autónoma de alcances similares a los de la inicial. Puede pedir pruebas aunque ésta no lo haga; puede apelar aunque tampoco haya tomado esta iniciativa; puede alegar según su parecer, etc. etc. Y lo lógico es que sea parte principal, más concretamente interviniente litisconsorcial, con las consecuencias que esto implica, porque no tendría sentido que por el hecho de no demandar individualmente en proceso separado, como podría hacerlo, sino por la vía de la intervención, los derechos le fueran recortados o por lo menos le quedarán supeditados al querer de una parte que posee idéntica legitimación a la suya. En idéntico sentido, Devis Echandía, anota: "En el caso de las acciones públicas, toda persona tiene derecho a intervenir, puesto que podría obrar como demandante, y entonces ocupará la posición de litisconsorte de éste. Puede hablarse de un interés público en esos casos.

Se anota, sí, que aunque tenga este carácter de parte principal dada la índole del contencioso de nulidad y el hecho de que la demanda sea la única pieza del

proceso que concreta su objeto, el coadyuvante está limitado a defender o atacar el *petitum* allí formulado, sin poder involucrar otras peticiones diferentes a las que conforman la litis.

Como es lógico, podrá agregar argumentos nuevos, otros motivos de impugnación, señalar otras disposiciones violadas. Lo contrario, conducirla tanto como a afirmar que el coadyuvante no puede sino repetir lo alegado por el demandante inicial, lo que no tendría ningún sentido procesal.

Como es fácil pensarlo, en este contencioso de anulación la intervención será siempre voluntaria y nadie podrá oponerse válidamente a esa pretensión. El simple interés de legalidad, que no requiere prueba, justifica esta forma de intervención, tal como sucede con la legitimación que cualquier persona tiene para solicitar la anulación de un acto administrativo.

Se insiste en que la intervención en el contencioso de simple anulación o legalidad no puede ser adhesiva porque frente a los coadyuvantes o impugnadores no puede hablarse que tengan una legitimación menos plena, que los habilite sólo para intervenir reforzando la posición de la parte principal, sea demandante o demandada y no para obrar, porque en las acciones públicas no cabe hablar de legitimación en causa ni siquiera para la parte demandante, por cuanto en éstas las personas, sean naturales o jurídicas, están facultadas siempre para pedir sentencia de fondo, sin restricción alguna y sin tener que acreditar una cualidad subjetiva especial. Y es apenas lógico que esta, exigencia no se extienda a los intervinientes, los que pueden ejercer la intervención en cualquier estado del proceso o presentar una demanda separada.

Finalmente, anoto:

En el proceso ordinario esa intervención podrá hacerse también en cualquier tiempo, pese a que el artículo 207 parece dar a entender que ella no puede lograrse sino dentro del término de fijación en lista. Pero esto no es cierto. Lo que quiere decir la norma es que sólo los que intervengan en esa oportunidad podrán pedir pruebas o ejercer otros derechos procesales, por la razón de que el interviniente toma el proceso en el estado en que esté cuando la ejerce.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Nota de la Relatoría: A este Salvamento adhiere el Consejero Dr. Alvaro Lecompte Luna.

ACCION DE NULIDAD/ INTERVENCION DE TERCEROS/ INTERVENCION LITISCONSORCIAL - (Salvamento de voto)

En tratándose de la acción pública de nulidad, cualquier ciudadano puede en interés del orden jurídico intervenir como coadyuvante o como impugnador de manera autónoma, aunque siempre sujeto a las pretensiones de la demanda, por tratarse de una intervención litisconsorcial. Estimo que no es aplicable el artículo 52 del C.P.C. porque en los procesos de acción de nulidad no se ventilan intereses privados o particulares de mero derecho privado.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR JORGE PENEN DELTIEURE

Bogotá, D.E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-163. Actor: Leonel Olivar Bonilla.

Cordial y respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria que aprobó la sentencia proferida en este proceso, porque como tuve oportunidad de manifestarlo en Sala, estimo que en tratándose de la acción pública de nulidad, cualquier ciudadano puede en interés del orden jurídico intervenir como coadyuvante o como impugnador de manera autónoma, aunque siempre sujeto a las pretensiones de la demanda, por tratarse de una intervención litis consorcial. Además estimo que no es aplicable el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil porque en los procesos de acción de nulidad no se ventilan intereses privados o particulares de mero Derecho Privado.

Si a la acción pública de nulidad tienen acceso todos los ciudadanos y en cualquier tiempo, de suyo es que el coadyuvante o impugnador puedan hacer uso

de los recursos pues éstos son medio para lograr el fin perseguido con la acción ejercitada; no se entendería muy bien cómo la acción es pública pero no los recursos enderezados a obtener la revocatoria de las decisiones que se consideran contrarias al fin pretendido, que no es otro que el interés del orden jurídico.

Hago mías las ideas expresadas por el H. Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo en su excelente salvamento de voto, por estar enteramente de acuerdo con ellas.

Atentamente,

Jorge Penén Deltieure.

ACCION DE NULIDAD/ INTERVENCION DE TERCERO/ LEGITIMACION PROCESAL - (Salvamento de voto)

En tratándose de una acción de nulidad que se instaura en interés del orden jurídico, la intervención de terceros para coadyuvar o impugnar puede hacerse en cualquier tiempo, mientras la sentencia no se encuentre ejecutoriada. El artículo 52 del C.P.C. tiene aplicación en procesos en los cuales se discuten intereses particulares y no en aquéllos en que está de por medio el interés público.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. S-163.

En forma respetuosa me aparto de la decisión adoptada por la Sala Plena, por considerar que en tratándose de un acción de nulidad que se instaura en interés del orden jurídico, la intervención de terceros para coadyuvar o impugnar puede hacerse en cualquier tiempo, mientras la sentencia no se encuentre ejecutoriada.

Los terceros toman el proceso en el estado en que se encuentre; por eso estimo que es admisible su intervención aun cuando solo tenga por finalidad controvertir el fallo proferido haciendo uso de los recursos legales.

No estimo posible la remisión que en el auto se hace al artículo 52 del C. de P. C., puesto que dicha norma tiene aplicación en procesos en los cuales se

discuten intereses particulares y no en aquellos en que está de por medio el interés público, como es el caso de las acciones públicas de nulidad.

Dejo así expresadas en forma sucinta las razones de mi salvedad de voto.

Clara Forero de Castro.

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia/ **ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS** - Titularidad

Los titulares de la acción de definición de competencias administrativas son directamente las entidades administrativas que confrontan entre sí el conflicto de competencia. Las personas privadas pueden gestionar ante la administración que sometan a la jurisdicción administrativa el conflicto de competencia presentado en su seno para que sea el juez administrativo quien lo resuelva. En el presente caso, independientemente del aspecto de la titularidad para accionar, no puede hablarse de conflicto de competencias por hallarnos frente a un acto administrativo definitivo y ejecutoriado que agota la competencia y frente a una competencia ya ejercida mal podría predicarse la existencia de conflicto alguno.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. José Padilla Villar.*

Referencia: Expediente No. C-124. Actor: Carbones de los Andes Limitada. -CARBOANDES LTDA.-

Ha llegado a esta Corporación la solicitud que formula la sociedad Carboandes de los Andes Limitada -CARBOANDES LTDA.-, por conducto de procurador judicial y en ejercicio de la acción de definición de competencias administrativas consagradas en el artículo 88 del C.C.A., tal como dicha disposición ha quedado a partir de la vigencia del Decreto 2304 de 1989, artículo 18 *ibídem,* "a efectos de que la Sala Plena del H. Consejo de Estado, por el procedimiento previsto en las normas citadas dirima el conflicto de competencias presentado entre la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS- y la Alcaldía Mayor de Santa Marta, respecto de las condiciones y requisitos que deben cumplir las personas

naturales o jurídicas, públicas o privadas, que acometan obras, no constitutivas de muelles privados, en los predios del Terminal Marítimo de Santa Marta."

ANTECEDENTES

La Empresa Puertos de Colombia celebró con la Sociedad Carbones de los Andes Ltda. contrato de arrendamiento sobre "el lote ubicado en el Terminal Marítimo de Santa Marta", con facultades para adecuar los terrenos indispensables para el almacenamiento y exportación de Carbón, según afirmación de esta última sociedad.

El Alcalde Mayor de la ciudad de Santa Marta expidió el Decreto 220 de 14 de mayo de 1990 mediante el cual dispuso, entre otras cosas, suspender y demoler las obras realizadas por la Sociedad CARBOANDES LTDA. en virtud de la adecuación antes mencionada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima ésta que la Sociedad CARBOANDES LTDA contratista de Puertos de Colombia, no está legitimada para acudir ante esta jurisdicción con invocación del artículo 88 del C.C.A., subrogado por el artículo 18 Decreto 2304 de 1989, ya que los titulares de la acción prevista en esta norma son directamente las entidades administrativas que confrontan entre sí el conflicto de competencia, cuales son en el evento *sub-lite*: Colpuertos y la Alcaldía Mayor de Santa Marta.

Esta conclusión halla respaldo jurídico en las siguientes consideraciones:

Dicho texto, según el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) era del siguiente tenor:

> "Artículo 88.- Acción de definición de competencias administrativas. Cuando varias autoridades realicen simultáneamente actos preparatorios o definitivos para ejercer funciones iguales respecto de una misma persona o cosa, o funciones diferentes pero que se opongan entre sí, *cualquier persona* que demuestre interés directo o cualquiera de esas mismas autoridades, podrá pedir que se suspendan o anulen los actos producidos y que se defina cuál es la autoridad a quien corresponde la decisión, y el alcance de su competencia. En este caso, en la sentencia podrán ejercerse también las facultades previstas en el artículo 170 de este Código." (Se subraya).

El nuevo precepto del Decreto 2304 de 1989 que subrogó el antes transcrito reza como sigue:

> "Artículo 88.- Acción de definición de competencias administrativas. Los conflictos de competencias administrativas se promoverán de oficio o a *solicitud de parte.*

La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, ordenará remitir la actuación al Tribunal correspondiente o al Consejo de Estado.

Recibido el expediente y efectuado el reparto, el consejero ponente dispondrá que se dé traslado a las partes por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la Sala Plena debe *resolver* dentro de los diez (10) días.

Si ambas entidades se consideran competentes remitirán la actuación al correspondiente tribunal o al Consejo de Estado y el conflicto será *dirimido* por el procedimiento prescrito en el inciso anterior." (Se subraya).

De la simple comparación entre una y otra norma surgen de manera evidente las siguientes diferencias:

a) El Decreto 2304 expresamente suprimió la posibilidad de que cualquier persona que demuestre interés directo pueda intentar la acción ante esta justicia, como sí lo preveía el Decreto 01 de 1984.

Así que sólo quedó como titular de la acción de definición de competencias administrativas las propias entidades administrativas protagonistas del conflicto de competencia.

b) Que dicho conflicto se "promoverá a solicitud de parte" como lo expresa el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del 88 del C.C.A. tiene el significado de que las personas privadas pueden adelantar las diligencias del caso en la esfera gubernativa, ante los entes administrativos, tendientes a que el conflicto se suscite por éstos a su vez frente a la presente jurisdicción y con observancia del procedimiento previsto en el susodicho artículo 18, incisos 2°, 3° y 4° "Promover", según el diccionario de la Lengua Española tiene la acepción de "Iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro", "resolver" equivale a "hallar la solución a un problema" y "dirimir" denota "componer una controversia". Así que utilizando la misma terminología del artículo 88 las personas privadas pueden gestionar ante la administración que sometan a la jurisdicción administrativa el conflicto de competencia presentado en su seno para que sea el juez administrativo quien lo resuelva.

Como sucede en el evento *sub-judice* que no fue un organismo del Estado, sino una empresa privada quien pide a esta jurisdicción decidir sobre el conflicto de competencia que a su juicio se presenta entre Colpuertos y la Alcaldía Mayor de Santa Marta, carece aquélla de la titularidad para ello y por tal razón esta Corporación se inhibirá de adelantar el trámite correspondiente.

Además, de las voces del artículo 88, incisos 3 y 4, se infiere claramente que la jurisdicción administrativa debe limitarse, en este caso, a dirimir el con-

flicto, correspondiendo a la autoridad administrativa que aquella señale como competente proseguir la actuación y proferir los actos a que haya lugar.

Así las cosas, resulta obvio afirmar que el procedimiento establecido en el artículo 88, sólo es aplicable frente al fenómeno de que varias autoridades estén llevando a cabo una actuación administrativa que solo compete a una de ellas y no se haya emitido el pronunciamiento definitivo. Porque si alguna de ellas toma la decisión, surge el acto administrativo, agota la competencia y frente a una competencia ya ejercida, mal podría predicarse la existencia de conflicto alguno. El acto administrativo definitivo puede ser cuestionado por otros procedimientos como son los recursos por la vía gubernativa si los tiene y las acciones propias consagradas en el C.C.A.

De lo anterior se concluye, que en el presente caso, independientemente del aspecto de la titularidad para accionar inicialmente examinado, no puede hablarse de conflicto de competencias porque el Decreto 220 de 14 de mayo de 1990 es un acto administrativo definitivo y ejecutoriado proferido por el señor Alcalde de Santa Marta al ejercer en forma exclusiva una competencia que a su entender le ha otorgado el legislador.

DECISION

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

ABSTIENESE de decidir sobre la presente acción.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 29 de enero de 1991.

Consuelo Sarría Olcos, Presidente; *José Padilla Villar, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Carlos Betancur Jaramillo,* Salvo de voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Policarpo Castillo Dávila, José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutiérrez Velásquez,* Salvo voto; *Alvaro Lecompte Luna,* Salvo voto; *Carmelo Martínez Conn, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia/ **ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS** - Titularidad (Salvamento de voto)

Pueden ser promotores de la "acción", bien las propias entidades u organismos en conflicto ("de oficio"), bien la parte interesada en que se defina cuál es el competente. De manera que el interesado o las mismas entidades u organismos tienen vocación de ser titulares de esta "acción". Mas en el caso *sub-lite* no ha habido conflicto de competencia. Cada autoridad actuó dentro de su respectiva órbita de competencia administrativa.

SALVEDAD DE VOTO
DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA

PROVIDENCIA DISCUTIDA Y APROBADA EN SESION DE LA SALA PLENA CELEBRADA A VEINTINUEVE (29) DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991).

Bogotá, D.E., febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Radicado No. C-124. Conflicto de competencia administrativa entre la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS- y la Alcaldía Mayor de Santa Marta.

Con sumo respeto disiente el suscrito de las motivaciones que llevaron a la ilustrada mayoría de la Sala Plena al acoger las tesis sostenidas en las motivaciones que la llevaron a *abstenerse* de decidir sobre la presente acción.

A grandes rasgos coincide con las explicaciones que dan los consejeros Betancur Jaramillo y Gutiérrez Velásquez en sus salvedades de voto. Y agrega

algo más: en vez de abstenerse de decidir porque el demandante -CARBONES DE LOS ANDES LIMITADA (CARBOANDES) no era, según el proveído, titular de la acción, han debido denegarse las peticiones del libelista, porque no hubo *conflicto de competencia administrativa* entre PUERTOS DE COLOMBIA y la ALCALDIA MAYOR DE SANTA MARTA.

Para mayor entendimiento de esta posición conceptual del suscrito, cabe decir lo siguiente:

a) Las llamadas "acciones" según las voces del título XI, libro 2°, parte 2° del Código Contencioso Administrativo son, en verdad, "medios de control" de los que esta jurisdicción hace uso respecto a los *actos administrativos*, los *hechos*, las *omisiones*, las *operaciones* y los *contratos administrativos y privados* con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas; y esos controles los despliega a través de "juzgamientos", como claramente lo determina el art. 83 de dicho Código.

b) Uno de esos "medios de control" o "acciones" es la de "definición de competencias administrativas" (art. 88 ibídem). Y dice dicha normatividad:

> "Los conflictos de competencias administrativas se promoverán *de oficio* o *a solicitud de parte*.
>
> "La entidad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, ordenará remitir la actuación al tribunal correspondiente o al Consejo de Estado.
>
> "Recibido el expediente y efectuado el reparto, el consejero ponente dispondrá que se dé traslado *a las partes* por el término común de tres (3) días, para que presenten sus alegatos; vencido el término de traslado, la sala plena debe resolver dentro de los diez (10) días.
>
> "Si ambas entidades se consideran competentes, remitirán la actuación al correspondiente tribunal o al Consejo de Estado y el conflicto *será dirimido* por el procedimiento prescrito en el inciso anterior." (Las subrayas no son del texto).

c) Como se observa, la disposición es un híbrido de normatividades sustantivas o sustanciales y adjetivas o procedimentales inadecuadamente entremezcladas, lo que dificulta su inteligencia exacta, dado que los dos primeros incisos y el último dice quiénes pueden ser titulares de la acción y los dos casos que se pueden presentar para que haya conflicto de competencias administrativas, al paso que el tercer inciso se ocupa del aspecto procedimental, es decir, acerca de los pasos a seguir cuando el asunto se encuentra al conocimiento del tribunal o del Consejo de Estado.

d) No obstante lo que acaba de anotarse, es evidente que pueden ser *promotores* de la "acción" en cualquiera de sus dos variantes (el conflicto de competencia negativa y el conflicto de competencia positivo 2° y 4° incisos), bien las propias entidades u organismos en conflicto ("de oficio"), bien la parte interesada en que se defina cuál es el competente. De manera que el interesado o las mismas entidades u organismos tienen vocación de ser *titulares de esta "acción"*.

e) Más en el caso *sub-lite* no ha habido conflicto de competencia entre Puertos de Colombia y la Alcaldía de Santa Marta. Cada uno de ellos actúo en los casos que involucran a la actora *dentro de su respectiva órbita de competencia administrativa.* Por un lado, Puertos de Colombia, como empresa comercial e industrial del Estado, celebró con Carboandes un *contrato de arrendamiento de tipo privado,* que por ser acto bilateral se sustrae del campo del acto administrativo, emisión de la voluntad estatal eminentemente unilateral, y, además, por ser *del orden privado* (carece de cláusula de caducidad) escapa al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Y por otro lado, la Alcaldía de Santa Marta expidió el Decreto 220 de 1990 14 de mayo (ordenó "la suspensión inmediata de la obra o construcción del muelle carbonífero en el Terminal Marítimo de Santa Marta -Colpuertos- autorizadas ya por esta empresa a Carboandes" y la demolición de lo construido), por las consideraciones en que basa su pronunciamiento, entre las cuales la más importante es el daño ecológico que tal cosa produciría a la ciudad que administra: se trata, pues, de un acto administrativo clásico. No hay, pues, conflicto, del mismo modo que no lo habría si un particular arrienda un terreno a otro particular para levantar una construcción y la autoridad municipal no lo autoriza o no lo permite. Sencillamente Puertos de Colombia no ha actuado aquí como autoridad administrativa sino como un particular. Luego, no hubo conflicto de competencia administrativa.

Deja así consignado el suscrito su cordial disentimiento en este asunto, con la mayoría de la Sala Plena.

Alvaro Lecompte Luna.

CONFLICTO DE COMPETENCIA - (Salvamento de voto)

En cuanto a la titularidad de las personas que podían promover el conflicto no hubo un cambio sustancial, sino uno meramente formal o de técnica procesal. Cuando el artículo 88 del Decreto 01/84 hablaba de que cualquier persona que demuestre interés directo o cualquiera de las autoridades involucradas en el conflicto podrán promoverlo, el nuevo texto habla de que tales conflictos se promoverán de oficio o a solicitud de parte, con lo que se dijo, en el fondo, lo mismo. No tiene sentido afirmar que sólo las autoridades pueden promover el conflicto. Si así lo fuera se violaría, además, el artículo 45 de la Constitución. No es descartable que las autoridades por negligencia o ignorancia, no promue-van el conflicto ante la jurisdicción, evento en el cual, en forma inequívoca, puede hacerlo la persona interesada en que la administración le resuelva la petición que formuló.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente C-124. Actor: Carboneras de Los Andes Ltda.

Ponente: *Dr. José Padilla Villar.*

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, aunque si bien es cierto es evidente que no se dio el conflicto de competencias administrativas de que habla el artículo 88 del C.C.A. (18 del Decreto 2304 de 1989).

Pero no comparto la motivación porque en ella se le hace decir a la ley lo que no dice.

Es cierto que el artículo 88 del C.C.A. fue modificado sustancialmente por el artículo 18 del Decreto 2304. El primero era antitécnico y constituía una pseudo acción que invadía los predios de los contenciosos de nulidad y restablecimiento (artículos 84 y 85 del C.C.A.). Y fue por eso que el legislador lo convirtió en lo que realmente es: un proceso especial para definir, en caso de conflicto positivo o negativo, quién es el organismo o la autoridad competente para tomar determinada decisión administrativa. Pero en cuanto a la titularidad de las personas que podían promover el conflicto no hubo un cambio sustancial, sino uno meramente formal o de técnica procesal. Así cuando el 88 del Decreto 01 hablaba de que cualquier persona que demuestre interés directo o cualquiera de las autoridades involucradas en el conflicto podrán promoverlo, el nuevo texto habla de que tales conflictos se promoverán de oficio o a solicitud de parte, con lo que se dijo, en el fondo, lo mismo. Exigir que alguien tenga interés directo para demandar equivale a darle a éste el carácter procesal de parte porque,"sin interés no hay acción". Y decir que el conflicto se pueda promover de oficio es lo mismo que afirmar que las autoridades involucradas en él puedan promoverlo sin instancia de parte.

No tiene sentido afirmar, contra el texto mismo del inciso 1° del artículo 18 del Decreto 2304, que sólo las autoridades pueden promover el conflicto. Además, porque si así lo fuera se violaría en forma ostensible el artículo 45 de la Constitución. No es descartable que las autoridades, por negligencia o ignorancia, no promuevan el conflicto ante la jurisdicción; evento en el cual, en forma inequívoca, puede hacerlo la persona interesada en que la administración le resuelva la petición que formuló.

Aquí cabe repetir el mensaje de perogullo: "cuando la Ley no distingue..."

El intento de distinguir entre promover ante la administración el conflicto y formularlo ante la jurisdicción, para decir que el administrado puede hacer lo primero y no lo segundo, es vano, inútil y sin sentido.

Es de lógica elemental que cuando la ley habla de promover el conflicto, se refiere a la situación que se crea cuando ya ambos organismos administrativos afirman su incompetencia o se declaran competentes y se busca la instancia jurisdiccional que la desate. Promover esta instancia es lo que contempla el nuevo artículo 88, no la etapa meramente administrativa. Por algo, aunque antitécnicamente, se habla de "acción".

Nacido el conflicto positivo o negativo surge la oportunidad para formularlo y esa promoción no es otra cosa que la presentación de la solicitud ante la jurisdicción, para que ésta, al definir quién es el competente, dirima el conflicto ya creado.

Aquí promover, se repite, desde el punto de vista procesal es presentar la demanda ante la jurisdicción, cuando ya las autoridades tomaron partido opuesto sobre la competencia; antes, como es obvio, nadie puede hablar de

conflicto;y si nadie puede hablar de éste, menos podrá definirse, en ese momento, quién es el titular de una acción aún no nacida.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS/ Titularidad (Salvamento de voto)

Sostener, como lo hizo la Sala, que en virtud de las modificaciones introducidas al artículo 88 del C.C.A., por el 18 del Decreto 2304/89, sólo son titulares de la acción de definición de competencias las entidades administrativas confrontadas respecto de su competencia positiva o negativa, quita a los particulares la posibilidad de promover el conflicto ante las autoridades jurisdiccionales, pese a que la norma lo autoriza "a solicitud de parte", dejándolo solamente de oficio a las entidades administrativas quedando aquéllos a merced de la diligencia o negligencia de las autoridades en cuanto a solucionar la colisión.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ

Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No C-124. Actor: Carboandes Ltda.

Con todo comedimiento me aparto de la parte considerativa de la providencia que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profirió, al desatar el conflicto de definición de competencias administrativas que adujo suscitado Carbones de los Andes Ltda. entre la Empresa Puertos de Colombia y la Alcaldía Mayor de Santa Marta.

Mi disentimiento no versa con la resolución de la cuestión, en cuanto la Sala se abstuvo de decidir respecto del *petitum* por estimar que no se dio el conflicto, solución ajustada a derecho, sino porque sostuvo que en virtud de las modificaciones introducidas al Art. 88 del C.C.A. por el 18 del Decreto 2304 de 1989, solo son titulares de la acción aludida las entidades administrativas confrontadas

respecto de su competencia positiva o negativa. Ello quita a los particulares la posibilidad de promover el conflicto ante las autoridades jurisdiccionales, pese a que la norma lo autoriza "a solicitud de parte", dejándolo solamente de oficio a las entidades administrativas quedando aquéllos a merced de la diligencia o negligencia de las autoridades en cuanto a solucionar la colisión.

En otras palabras, la comentada interpretación de la nueva normatividad, arrebata el carácter de verdadera acción al medio de control estatuído bajo el rubro de "Acción de definición de competencias administrativas", dejándolo como incidente promovible solamente de oficio, y consagra manifiesta inequidad al arrebatar a los particulares una vía de acción jurisdiccional, en favor de la prepotencia del Estado.

Amado Gutiérrez Velásquez.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ ADMINISTRACION NACIONAL - Estructura

La potestad reglamentaria que otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la C. N. al Presidente de la República, no excluye ninguna clase de leyes. No hay texto constitucional alguno, ni se deduce de su interpretación integral, que esté prohibido al Presidente reglamentar, por la vía normativa antes indicada, las leyes de estructuración de la administración nacional que contempla el ordinal 9° del artículo 76 *ibídem*. Como tampoco que el medio exclusivo de ejecutarlas sea mediante los decretos contemplados en el ordinal 21 del artículo 120 de la misma Carta.

HIDROCARBUROS - Explotación

En lugar de contradicción con las normas invocadas, la Sala encuentra desarrollo en la mención o referencia de los factores técnicos indicados en el art. 1° demandado, que por lo demás, está dentro de los criterios sobre exploración y explotación de los recursos consagrados en el art. 3° de la Ley 1a. de 1984 en sus literales e), ll), ñ) y otros que persiguen los objetivos de técnica y equilibrada explotación por la que propugna el demandante.

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia

Es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que

hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

COSA JUZGADA

El art. 175 del C.C.A. dispone que la sentencia, que niegue la nulidad producirá cosa juzgada *"erga omnes"* pero sólo en relación con la *"causa petendi juzgada"*. Esta disposición implica que deba ser estudiada la impugnación a los arts. 1° y 2° del Decreto 196 de 1986 planteada en este proceso por razones o motivos distintas a las que fueron propuestas y analizadas en el fallo de enero 14 de 1991, Exp. S-157, el cual no accedió a anularlos.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., marzo seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. S-148. Autoridades Nacionales. Actor: Dr. Carlos Holguín Holguín.

El doctor Carlos Holguín Holguín, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., en demanda que presentó el 28 de febrero de 1986, solicitó la declaratoria de nulidad de los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Reglamentario 196 del 17 de enero de 1986.

Surtido el trámite legal corresponde dictar sentencia, para cuyas consideraciones que se consignarán más adelante, tendrá en cuenta la Sala que mediante el fallo del 14 de enero de 1991 en el proceso de la referencia S-157 (Actor: R.B. Raisbeck, con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla) se atendió demanda contra el mismo Decreto habiendo sido anulados los artículos 3° y 4°, más no así el art. 1°, que también había sido objeto de acción pública. Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera innecesario examinar la motivación y controversia relacionadas con los artículos 3° y 4°, por lo cual concentrará su atención en esta oportunidad a los temas relacionados con la impugnación de los arts. 1° y 2°.

LAS NORMAS ACUSADAS

El Decreto No. 0196 de 1986 (enero 17) cuyo epígrafe dice: "por el cual se reglamentan los literales a) y k) del artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, el Decreto Ley 444 de 1967 y se dictan normas sobre la comercialización de crudos para el país "fue dictado por el Presidente de la República en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el numeral 3° del art. 120 de la Constitución Nacional y previas consideraciones fundadas en los arts. 162 y 154 del Decreto

444 de 1967 y del art. 3° de la Ley 1a. de 1984, decretó en las normas objeto de esta demanda:

> "ARTICULO 1°. El Ministerio de Minas y Energía, de acuerdo con la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural, al fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación del país, tendrán en cuenta las necesidades actuales y futuras del abastecimiento interno; e igualmente, los factores que inciden en la operatividad y mecanismos de comercialización necesarios para que el país garantice su autoabastecimiento, tanto en la actualidad como en el futuro."
>
> "Parágrafo. El Ministerio de Minas y Energía determinará los volúmenes de producción de petróleo de que trata el presente artículo, teniendo en cuenta las características de los yacimientos, la recuperación de las inversiones y la autosuficiencia de crudos en el futuro del país.
>
> "ARTICULO 2°. La Comisión de precios del Petróleo y del Gas Natural podrá indicar a la Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL", los mecanismos aplicables en caso de que existan excedentes para exportación".

Las demás normas que también fueron acusadas por el mismo demandante son el art. 3° que asigna Ecopetrol la primera opción de compra sobre los volúmenes que no se destinen a la refinación interna y a los particulares la posibilidad de exportar los excedentes, sólo en el evento de que la citada Empresa no ejercite dicha opción y el art. 4° que dispuso que los precios del Petróleo que compre Ecopetrol, en desarrollo del art. anterior, no podrán ser superiores a los precios que rijan para los crudos que se destinan a la refinación interna, como ya se dijo, fueron anulados por esta Corporación.

De manera adicional se observa que estando en trámite este proceso, el Congreso Nacional mediante la Ley 51 de 1989 (octubre 24) creó la Comisión Nacional de Energía y derogó la creación y funcionamiento de la Comisión de Precios del Petróleo y Gas Natural y asignó a la nueva entidad la función de fijar los volúmenes de producción de petróleo que los explotadores deben vender para la refinación interna, configurándose así la derogatoria de los arts. 1° y 2° del Decreto 196 de 1986, acusados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El demandante, aunque referidas a los cuatro artículos acusados, citó como violadas las siguientes disposiciones:

- los artículos 20, 30, 31, 32, 55, 56, 57, 76 numerales 9, 11, 12, y 22 y art. 120 ordinales 3 y 21 de la Constitución Nacional.

- el art. 3° de la Ley 1a. de 1984.

- los artículos 6, 154, 159 y 162 (modificado por el 29 del Decreto 688 de 1967) del Decreto Ley 444 de 1967.

- el art. 16 inciso 3° del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos).

- arts. 669, 716, 718 y concordantes del Código Civil.

- artículo 1o. del Decreto 62 de 1970 (aprobatorio de los estatutos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, que constan en los artículos 2, 6, 7 y 10 del Acuerdo 1 de 1969 de la Junta Directiva de Ecopetrol) y,

- artículo 1° del Decreto 2310 de 1974.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante desarrolla este Capítulo en siete cargos sobre inconstitucionalidad e ilegalidad y uno adicional sobre "falsa motivación y desviación de atribuciones del Gobierno al dictar el Decreto 196 de 1986" que se expondrán en síntesis con excepción de los que claramente se refieren a los artículos 3° y 4° del Decreto acusado por haber sido éstos ya anulados, como se advirtió al iniciar este escrito.

CARGO PRIMERO.- Violación de los artículos 20, 55, 56, 57 en relación con el artículo 76 de la Constitución Nacional.

Luego de transcribir y exponer en síntesis la interpretación de cada una de las normas citadas de la Constitución Nacional, concluye el actor que la separación de las ramas del Poder significa que el Congreso debe ejercer las funciones legislativas y el Presidente las ejecutivas, salvo en cuanto la Constitución le asigne excepcional y expresamente a una Rama una función que corresponde a otra.

> "El Gobierno al dictar el Decreto 196 de 1986 y como se explica pormenorizadamente en los cargos siguientes excedió la facultad reglamentaria y adoptó disposiciones de carácter legislativo que reforman los Códigos y las leyes vigentes, sin encontrarse en ninguno de los casos previstos en la Constitución. En consecuencia, infringió el artículo 2° de la Constitución, al asumir funciones que no le han sido dadas por la Carta e invadió la órbita de la rama Legislativa del Poder, transgrediendo el principio de separación de dichas ramas y violando el art. 55, en relación con los arts. 56, 57, 76 y 120 de la Constitución".

CARGO SEGUNDO.- Violación de los numerales 3° y 21 del art. 120 de la Constitución y del art. 3° de la Ley 1a. de 1984.

Este cargo también está estructurado sobre la transgresión de la potestad reglamentaria y para demostrarlo analiza por separado las disposiciones contenidas en los literales a) y k) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984.

En cuanto al primero sostiene que la función asignada al Ministerio de Minas y Energía de "adoptar políticas" significa definir las orientaciones generales de una actividad, pero la adopción por parte de dicho Ministerio de tales políticas no puede llegar hasta privar de las funciones propias que le corresponden en estas materias a otras entidades descentralizadas como puede ser el caso de Ecopetrol y Carbocol quienes las ejercen dentro de la autonomía administrativa y presupuestal que les corresponde conforme a la ley y a sus propios estatutos. Con apoyo en algunas disposiciones de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 arguye que el Gobierno, en virtud del ordinal a) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984, puede a través del Ministerio de Minas o de las mencionadas entidades descentralizadas, no solamente adoptar políticas, sino desarrollarlas y ejecutarlas en cuanto las actividades correspondientes se encuentren dentro de las funciones administrativas propias del Gobierno o de las citadas empresas industriales y comerciales del Estado.

> "Cuando se trate de actividades encomendadas a entidades descentralizadas, como ECOPETROL o CARBOCOL, tales políticas deben ejecutarse a través de los órganos competentes correspondientes. En tales casos el Gobierno sólo podrá llevar las iniciativas corespondientes a la decisión de las Juntas Directivas respectivas. Lo contrario implica violar las leyes que asignan las respectivas competencias a las empresas industriales y comerciales del Estado y desconcoer la autonomía de los organismos respectivos."

Más adelante agrega que "cosas bien distintas son en el campo jurídico administrativo adoptar una política y ejecutar esa política. Lo primero es una intención del órgano administrativo una pauta que oriente la acción; lo segundo una serie de actos de la administración que requieren la autorización expresa del Legislador para estar revestidos de la fuerza ejecutora del acto administrativo". Con esta directriz y apoyado en algunos apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia (octubre 20 de 1969), concluye que el Ministerio no puede con fundamento en decretos reglamentarios cambiar la legislación existente sobre exploración, explotación, transporte y refinación de hidrocarburos.

En relación con el ordinal k) del artículo 3° de la citada Ley 1a. de 1984 que faculta al Ministerio para fijar de acuerdo con la Comisión de Precios de Petróleo y del Gas Natural los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el país y su forma de pago y otras disposiciones allí precisadas, aparece que el Gobierno desbordó los límites fijados en la misma ley. Sostiene el actor que:

> "El Decreto 196 de 1986 en su artículo 1° desnaturaliza por completo la norma legal, pues con el pretexto de "fijar los volúmenes de producción que los explotadores de hidrocarburos deben destinar a la refinación en el

país", que es lo legal, agrega que "se tendrán en cuenta las necesidades actuales y futuras del abastecimiento interno, e igualmente, los factores que inciden en la operatividad y mecanismos de comercialización necesarios para que el país garantice su autoabastecimiento, tanto en la actualidad como en el futuro", excediendo en esta forma de manera clara la ley que pretende reglamentar y las demás disposiciones legales.

"El concepto de tomar en cuenta necesidades que exceden las de la refinación actual, incluyendo las futuras y los mecanismos de comerciabilidad también en el futuro, excede la norma que se pretende reglamentar.

"El parágrafo del artículo 1° del Decreto 196 de 1986 igualmente excede la ley cuando prevé que los volúmenes de producción del petróleo pueden determinarse teniendo en cuenta la recuperación de las inversiones y la autosuficiencia de crudos en el futuro. Ni la Ley 1a. de 1984, ni el Decreto 444 de 1967 dan al Gobierno facultad para limitar la producción de petróleo. La Ley autoriza la limitación de las exportaciones en razón de las necesidades de refinación interna, pero en parte alguna que le limite la producción del petróleo.

"El artículo 2° da a la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas natural la facultad para indicar a ECOPETROL mecanismos aplicables en caso de que existan "excesos para exportación". No se sabe a qué se refieren tales mecanismos, pues la ley autoriza la exportación de petróleo que exceda los volúmenes requeridos para la refinación interna...".

Dentro del mismo cargo segundo el demandante analiza el Decreto 196 bajo la perspectiva de que la Ley 1a. de 1984 en cuanto reformó la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía es evidente que ella se dictó dentro de las facultades que le corresponden al Congreso de conformidad con el numeral 9° del artículo 76 de la Constitución para determinar la estructura de la administración nacional, con relación a la cual corresponde al Gobierno la facultad conferida por el numeral 21 del artículo 120 para crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios y otras dependencias, señalar sus funciones especiales, dotaciones y emolumentos "todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9° del artículo 76", de donde concluye que todas las leyes que se dicten en desarrollo del citado numeral 9° del art. 76, así como los decretos del Gobierno que crean cargos, según el numeral 21 del art. 120, tienen un alcance solamente orgánico y no tienen por finalidad el señalamiento o la modificación de las atribuciones del Presidente y de los demás funcionarios públicos; de ahí también que los decretos que el Gobierno dicta en desarrollo de leyes expedidas con base en el numeral 9° no son decretos propiamente reglamentarios del numeral 3° del art. 120, sino decretos complementarios de las leyes que estructuran la administración nacional y que el Gobierno debe adoptar con base en la facultad conferida por el numeral 21 del art. 120 de la Carta.

Por otra parte, no puede entenderse que la Ley 1a. de 1984 haya conferido facultades especiales o extraordinarias al Ejecutivo en algunas de las modalidades que permite la Constitución y concluye que:

> "Cuando el Gobierno pretende reglamentar una ley expedida con base en el ordinal 9° del artículo 76 y dicta normas legislativas, obviamente viola no sólo el numeral 3° sino el 21 del artículo 120 de la Carta.
>
> "Por ello el Decreto 196 de 1986, dictado en uso de la facultad reglamentaria, en cuanto modifica la legislación vigente, infringe los numerales 3° y 21 del artículo 120 de la Carta y el artículo 3° de la Ley 1a. de 1984, que pretende reglamentar".

CARGO TERCERO.- Violación del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional y de los artículos 6° literal C, 46 (In. 1) 154, 159 y 162 (modificado por el 29 del Decreto 688/67) del Decreto Extraordinario 444 de 1967 y 16 (Inc. 3) del Decreto 1056/53 (Código de Petróleos).

Puesto que también se basa en la extralimitación de la potestad reglamentaria, el actor se remite a lo expuesto en el cargo anterior sobre los límites a los cuales está sometido el Presidente en cuanto no puede, mediante decretos reglamentarios, crear disposiciones nuevas y menos aún, modificar la ley vigente.

Expone y analiza el régimen cambiario especial para la industria del petróleo regulado principalmente por el Decreto 444 de 1967, del cual se destaca que según el artículo 46 la exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por leyes o por convenios internacionales.

La posibilidad que da el art. 6° de adquirir divisas para pagar en el exterior petróleo crudo que se adquiere para su refinación en Colombia, cuando medie la autorización que establece el art. 154 y éste (invocado en los considerandos del Decreto 196 acusado) según el cual el Ministerio de Minas determinará los volúmenes de producción que los explotadores deben vender para refinación en el país y fijar los precios correspondientes y cuando se autorice la compra de crudos para refinación, las divisas se computarán a la tasa que fije la Junta Monetaria.

Y, el art. 159 (también invocado en el Decreto acusado), conforme al cual no es obligatorio reintegrar todas las divisas provenientes de la exportación de petróleo que realicen las empresas extranjeras; por otra parte, salvo las divisas necesarias para pagar el crudo para refinar, según el art. 154, no hay lugar a suministrarles divisas para el giro de utilidades de empresas extranjeras de exploración o explotación petrolera. El régimen general de inversión extranjera se aplica a todas las demás actividades de inversiones en minería, explotaciones de gas y oleoductos, distribución y servicios técnicos inherentes a la industria del petróleo, con todo lo cual se delimita el régimen especial cambiario para la

industria petrolera, que complementa el art. 16 del Código de Petróleos sobre reintegro de divisas.

Destaca el libelista que según el art. 162 del Estatuto Cambiario el Ministerio de Minas y Energía mediante la Comisión de Precios (que también autorizó reglamentar) está encargada de señalar los volúmenes de producción que los explotadores deben vender para refinación en el país y, además, fijar los respectivos precios (salvo el que sirve para liquidar regalías y el impuesto al petróleo de propiedad privada).

Con base en el análisis que aquí se resume, dice el actor que el Decreto 196 viola las disposiciones antes mencionadas, pues los explotadores pierden el derecho a disponer libremente de los volúmenes de producción que exceden las necesidades del país o de refinación interna, derecho que está amparado por el Decreto 444 de 1967 y el Código de Petróleos.

Este que es el ataque fundamental contra lo dispuesto en los artículos 3° y 4° del D.R. 169 de 1986, también lo utiliza para impunar el aparte del art. 1° cuando autoriza al Ministerio "a tener en cuenta las necesidades actuales y futuras del abastecimiento interno".

CARGO CUARTO.- Violación de los artículos 30 de la Constitución Nacional y 38 de la Ley 153 de 1887.

Está fundado este cargo en la violación al derecho de propiedad que corresponde a los explotadores de hidrocarburos, es decir, a los propietarios privados, concesionarios y titulares de contratos de asociación, sobre el petróleo que extraigan, deducidas las regalías "en su caso", las participaciones de Ecopetrol en los contratos de asociación y las cantidades que el explotador debe vender para la refinación en el país. Deducidas las cantidades por los conceptos mencionados, el resto es de exclusiva propiedad.

En consecuencia, concluye el demandante, ..."el Decreto 196 de 1986, en su art. 1° en cuanto limita la producción de petróleo: el artículo 2° que establece que la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural puede indicar mecanismos aplicados para la exportación" "..." ...infringen directamente el art. 30 de la Constitución, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a las leyes civiles" (se suprimió la referencia a los arts. 3 y 4 del Decreto 196, involucrado en el mismo cargo).

Afirma que el Decreto 196 al referirse a los "explotadores" obviamente incluye a quienes tienen celebrados contratos de asociación con Ecopetrol por los cuales se regula la propiedad del petróleo producido por las partes y sus correspondientes obligaciones y en cuanto se aplique a contratos vigentes se viola el art. 30 de la C.N., así como el art. 38 de la Ley 153 de 1887 según el cual en los contratos se entiende incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Después de criticar, con este enfoque, la supresión del derecho a explotar el petróleo producido después de venderle al Estado el necesario para la refinación interna (en lo cual se refiere a los arts. 3° y 4°), concluye con relación al art. 1° lo siguiente:

> "Igualmente al restringir la producción de un campo de petróleo con un Decreto que no tiene fuerza de Ley como es el 196 de 1986, significa una expropiación para el particular pues no puede explotar técnicamente el yacimiento dentro de los niveles técnicos de producción los cuales tienen íntima relación con la inversión inicial que ha hecho el particular y con el período de duración de la etapa de explotación. Efectivamente, si el Estado le reduce al particular el volumen de producción de petróleo sin ampliarle el lapso de duración del período de explotación, se está expropiando sin indemnización aquella parte del petróleo que el Estado no le deja extraer".

CARGO QUINTO.- Violación del artículo 27 del Decreto 1056 de 1953. (Código de Petróleos).

El Decreto 196 de 1986 remite la determinación de los volúmenes de producción a razones subjetivas de apreciación del Gobierno, despojando a los particulares del derecho que tienen según el artículo 27 del Código de Petróleos de no restringir la producción y les impide cumplir las obligaciones correlativas establecidas en esa norma.

Según el citado artículo 27 del Código, sin permiso del Gobierno una empresa no puede restringir la explotación a un cantidad menor de la cuarta parte de la capacidad productora máxima de sus pozos. Si lo hace, el Gobierno cobrará las regalías sobre la base de la cuarta parte máxima.

Se apoya también en que la legislación petrolera vigente (artículo 12 del Decreto 1328 de 1961) la explotación de los campos petroleros debe basarse fundamentalmente en razones técnicas dadas por las características propias de los yacimientos, aplicando tecnología y procedimientos propios de la ingeniería de petróleos para llegar a niveles eficientes de explotación, lo cual esta incorporado en el modelo de contrato de asociación con Ecopetrol en la cláusula 12.

CARGO SEXTO. Violación del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Se refiere a la opción a favor de Ecopetrol consagrada en el artículo 3° del Decreto 196 de 1986, considerando que se llega a establecer un monopolio a favor de Ecopetrol, sin indemnizar a los interesados, con violación del art. 31 de la Constitución Nacional.

CARGO SEPTIMO. Violación de los artículos 669, 716, 718 y concordantes del Código Civil.

Se refiere también al art. 3° del Decreto 196 en cuanto el actor considera violados los atributos del derecho del dominio consagrados por las citadas normas del Código Civil, en cuanto el Decreto 196 despoja a los explotadores de petróleo del derecho de disponer libremente de los volúmenes de crudo que exceden las necesidades de refinación interna.

ULTIMO CARGO.- "Falsa motivación y desviación de las atribuciones de Gobierno al dictar el Decreto 196 de 1986".

Invoca la sentencia de esta Corporación del 4 de julio de 1984 (Consejero Ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar), sobre la insuficiente motivación así como la falsa motivación son causales de anulación del acto administrativo, para señalar que el Decreto 196 incurre en dicha causal.

Critica el segundo considerando del Decreto porque modifica el texto del artículo 162 del Decreto 444 de 1967 invocado en él, cuando le atribuye el propósito de regular no sólo la refinación interna sino que el país se encuentra suficientemente abastecido y se prevean las necesidades del futuro, cuando la Ley reglamentada solamente habla de que la Comisión de Precios y el Ministerio deberán señalar los volúmenes de producción que los explotadores deben vender para refinación en el país.

Que los considerandos le atribuyen al Ministerio facultades para trazar la política de exportación de crudos que debe seguir el país, cuando ninguna de las normas invocadas le atribuye tales facultades (Art. 3°. Ley 1a./84, Decreto 444/67 y Decreto 1050 de 1968).

Y, el último considerando dice que es necesario darle un marco legal para que el Ministerio pueda intervenir en la fijación de volúmenes de refinación y exportación, etc., cuando ninguna autoriza al Gobierno para intervenir en la fijación de volúmenes de exportación de crudos, lo que demuestra que el Gobierno lo que pretende con ello es "intervenir" en la industria del petróleo mediante un Decreto reglamentario y no con base en la Ley según las normas del art. 32 de la Constitución.

Considera que se confirma la desviación de poder porque invadió campos que le corresponden al Congreso y agrega que al decir el Decreto que... "y se dictan normas sobre comercialización de crudos para el país", sin citar ninguna norma que lo autorice para ello incurre más que en una falsa motivación en una carencia total de ella".

LA PARTE OPOSITORA

El Ministerio de Minas y Energía en nombre de la Nación y por intermedio de su apoderado judicial, se opuso a las pretensiones del demandante en estudio que contempla sistemáticamente todos los cargos formulados por el actor y con

el mismo criterio utilizado para la síntesis de la demanda, se resumen, destacando los principales apartes.

En cuanto a los cargos primero y segundo, que refuta en forma conjunta, explica que no hubo la alegada violación del principio de la separación de las ramas del Poder público, ni exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino lo contrario, esto es, colaboración de las ramas y exacto ejercicio de la reglamentación de la Ley.

En efecto, la letra a) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984, atribuyó al Ministerio de Minas y Energía, además de las funciones que señala el Decreto 1050 de 1968, la de adoptar la política nacional en materia de minerales e hidrocarburos y la letra k) del mismo artículo asignó, en resumen, la de fijar los volúmenes que los explotadores deben destinar a la refinación en el país y otra relacionada con esta materia.

Considera que el Congreso mediante la expedición de la Ley 1a. de 1984 no sólo determinó la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía, sino que asignó dentro de las funciones públicas que debe desarrollar, la de fijar entre otras la política estatal en materia de hidrocarburos que para el efecto establece en los literales a), b), c), d), y e) que examina el señor apoderado y junto con las demás atribuídas en el resto de ordinales, configuran el conjunto de competencias del Ministerio a fin de que desarrolle bajo la suprema dirección del Presidente de la República en unos casos y por delegación presidencial en otros, todas y cada una de las funciones adscritas.

Por ello al expedir el Gobierno el Decreto 196 dio cumplida ejecución a la Ley, conforme lo ordena el ordinal 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional y además cumpliendo una orden del Legislador, la de fijar una política en materia de hidrocarburos, sin que ello implique una reglamentación del Código Civil ni del de Petróleos. Ni cambios en la política que ya había sido autorizada por el art. 1° del Decreto Extraordinario 3161 de 1968 que contrariamente a lo firmado por el actor, fue declarado ajustado a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia en el fallo citado por él del 20 de octubre de 1969.

Contra el tercer cargo opina que el Decreto 196 no quebrantó las normas citadas, pues reglamentó la comercialización del crudo en el país a fin de que Ecopetrol establezca las necesidades presentes y futuras con el fin de que haya autoabastecimiento y evitar compras al exterior, lo cual redunda en beneficio del país.

Que el Decreto 196 está acorde con el art. 154 del Decreto 444 porque precisamente esta norma faculta al Ministerio para determinar los volúmenes de producción que los explotadores deben vender para la refinación en el país y fijar los precios correspondientes, y eso fue precisamente lo que hizo el Ministerio.

Sobre el artículo 2° afirma que el actor no impugna con claridad el acto acusado, por lo que no hace mayores comentarios.

Sobre la opción de compra a favor de Ecopetrol la justifica con la facultad de señalar políticas en esta materia y considera que la Ley 1a. de 1984 es de carácter interventora en la economía del país y que el Congreso tuvo la iniciativa de la intervención estatal en materia de comercialización de crudos, luego el Gobierno cumplió el mandato legal de fijar aquella política en concreto, para que tuviera eficacia.

Sobre el cuarto cargo basado en la transgresión del art. 30 de la Constitución, recuerda que según esta misma norma la propiedad privada es una función social que implica obligaciones y el Decreto 196 tiene una orientación de bienestar general de la comunidad y no desconoce la propiedad privada de los supuestos dueños del petróleo, sino que ha fijado una nueva política para su utilización en la refinación del producto en operación que al ponerse en desarrollo, sin duda, respetará la propiedad privada.

La primacía del interés público sobre el privado y la subordinación de la propiedad privada a aquél, le sirven para no aceptar el argumento relativo a la transgresión del art. 38 de la Ley 153 de 1887.

Tampoco considera configurada la violación del artículo 27 del Código de Petróleos, sostenida en el cargo quinto, porque si bien el Decreto 196 regula los volúmenes de producción petrolera, esta regulación está conforme con la autorización prevista en las letras a) y k) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984 que se dictó para modificar criterios anteriores, sin que pueda pretenderse que la política petrolera pueda permanecer estática en los criterios de 1948 y 1953.

El cargo sexto sobre violación de art. 31 de la C.N. lo rechaza considerando tanto la Ley 1a. de 1984 como el Decreto 444 de 1967 como leyes interventoras en la economía.

Resume el séptimo cargo pero no entra a refutarlo específicamente y en cuanto al último sobre falsa motivación y desviación de poder, reafirma que el Decreto 196 lo dictó el Presidente invocando las facultades que le confieren el ordinal 3° del art. 120 de la Constitución y yendo a la Ley 1a. encuentra facultades en el literal e) para dictar los reglamentos y hacer cumplir las normas sobre exploración, explotación transporte, etc. Y "comercialización de los recursos naturales no renovables" y otras con todo lo cual el Decreto se ajusta al alcance de la autorización conferida por la Ley, que comprende el tema de exportación de crudos. En dicho ordinal e) encuentra el apoyo esa temática, discutida que comprende el término de comercialización de los recursos naturales no renovables, concluyendo que no hubo la alegada falsa motivación, ni desviación del poder ejercitado, pues la invocación de las normas legales en los considerandos gubernamentales estuvo afortunada pues precisamente en los ordinales a), e) y k) del artículo 3° de la Ley 1a./84 se encuentra la justificación del acto gubernamental.

En los alegatos de fondo ambas partes ampliaron y reiteraron los argumentos que sustentaron sus diversos puntos de vista.

LA VISTA FISCAL

La señora Fiscal Segunda ante la Corporación, doctora Edné Cohen Daza, solicita que se nieguen las súplicas de la demanda, destacándose de su concepto algunas partes generales y las relativas sobre los artículos 1° y 2°, así:

Observa que de conformidad con el Acto Legislativo No. 1 de 1968, la Ley que determina o modifica la estructura de la Administración, también puede señalar las funciones de las dependencias gubernamentales (arts. 76-9 y 120-21 C.N.) y es evidente que en el caso que se analiza la Ley 1a. de 1984 tuvo por objeto no sólo reformar la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía sino "determinar las funciones de sus dependencias" como lo están en el artículo 3° que son objeto de controversia.

El Decreto 196 es reglamentario expedido por el Presidente en uso de la potestad conferida por ord. 3° del art. 120 C.N. y no de otra naturaleza como lo afirma el actor; sus disposiciones están acordes con los arts. 154 y 162 del Decreto 444 de 1967 y demás que lo sustentan, dándole al Ministerio la facultad de determinar los volúmenes de producción petrolera que los explotadores deben vender para refinar en el país, sin que se configure ninguna de las transgresiones indicadas por el demandante.

En cuanto al artículo 1° del Decreto 196 de 1986 dice que "reglamenta las indicadas disposiciones legales y por lo mismo no las infringe sino que tiene por objeto facilitar su ejecución".

Por otra parte recuerda que la industria del petróleo está definida por la Ley colombiana como servicio público y está sujeta a la permanente vigilancia e intervención del Estado, con fines de interés público y social, fundamento que le sirve de apoyo para refutar los diversos argumentos del actor y no aceptar las violaciones por él indicadas, concluyendo en la conformidad del Decreto con normas reglamentadas.

Finalmente observa que la falsa motivación que instituye la Ley como causal de nulidad de los actos administrativos, es aquella que incide en forma determinante en la parte resolutiva de la decisión y puesto que en el caso analizado, son coincidentes la motivación del Decreto y su parte resolutiva, el cargo es infundado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

PRIMERA: ***Sobre la tesis de la "sustraccion de materia"***

Como se anotó en la relación de antecedentes, mientras se tramitaba este proceso, el Congreso Nacional expidió la Ley 51 de 1989 (octubre 24), mediante la cual creó la Comisión Nacional de Energía, derogó expresamente la creación

de la Comisión de Precios del Petróleo y del Gas Natural y le asignó las funciones a que se referían los artículos 1° y 2° del Decreto 196 de 1986 como del Ministerio de Minas y Energía en coordinación con la suprimida Comisión de Precios.

Esta circunstancia que implica la virtual derogatoria del Decreto 196 de 1986, conduce al planteamiento de la inhibición de la Sala para decidir, por aplicación de la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual el pronunciamiento jurisdiccional en eventos como el que se estudia, carecería de objeto (Sentencia del 11 de julio de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

Sin embargo, como este problema se planteó al estudiar la demanda de nulidad de los artículos 1°, 3° y 4° del mismo Decreto 196 de 1986, en el Expediente No. S-157, la Sala reitera el criterio adoptado al fallar dicho negocio en sesión del 18 de diciembre de 1990, con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla, en el sentido de que:

> "Es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otras, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo...".

En consecuencia y como se dijo en la misma providencia "... aún a pesar de que se considere que los artículos 1° y 2° del Decreto 196 de 1986 hubiesen sido derogados por la Ley 51 de 1989, esta Corporación estudiará sobre la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas".

SEGUNDA: ***Sobre la cosa juzgada.***

Dispone el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo que "la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*", con arreglo al cual, la petición de nulidad de los artículos 3° y 4° del Decreto Reglamentario 196 de 1986 planteada en este proceso, fue resuelta por la Corporación en la ya mencionada sesión del 18 de diciembre de 1990, expediente No. S-157 sentencia del 14 de enero de 1991, en la cual fue declarada la nulidad de aquellas y resta ordenar atenerse a lo resuelto en ella.

El mismo artículo 175 del C.C.A. dispone que la sentencia "que niegue la nulidad producirá cosa juzgada *"erga omnes"* pero sólo en relación con la *"causa pentendi juzgada"*, esta disposición implica que deba ser estudiada la impugnación a los artículos 1° y 2°, del Decreto 196 de 1986 planteada en este proceso

por razones o motivaciones distintas a las que fueron propuestas y analizadas en el ya citado fallo de enero 1991, en el cual no accedió a anularlos.

TERCERA: ***Sobre los artículos 1º y 2º del Decreto 196 de 1986.***

Cargo 1, 2 y 3.

Se considera innecesario repetir conceptos ampliamente conocidos sobre las características y límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República -ordinal 3° del art. 120 de la C.N.- que han sido reiterados por la jurisprudencia de esta Corporación y fueron expuestos por el demandante en términos que coinciden con ésta en los tres cargos que se agrupan para su estudio.

La acusación de la extralimitación en su ejercicio, por considerar que se violaron los artículos 159 y 164 del Decreto 444 de 1967 y los ordinales a) y k) del art. 3° de la Ley 1a. de 1984, acusación que está expuesta y sustentada en los cargos 1°, 2°, y 3° de la demanda que se atiende, fue materia de estudio en la sentencia tantas veces mencionada del 14 de enero de 1991, en la cual no se encontró configurada la alegada transgresión, salvo lo relacionado con los temas tratados en los artículos 3° y 4° (opción de compra a favor de Ecopetrol y fijación de precios por ésta) y por ello fueron anulados, de donde es preciso concluir que los mismos cargos o con igual fundamento legal, pero relacionados con el art. 1° del Decreto 196/86 allí mismo demandado, no fueron aceptados por la Sala.

En efecto, después de examinar las citadas normas del Decreto 444 de 1967 y de la Ley 1a. de 1984, se concluyó en la citada providencia:

> "... Por ello mismo, la Sala no encuentra contradicción alguna entre el artículo 1° del Decreto 196 de 1986 y las normas invocadas como violadas, pues la simple fijación de criterios para la toma de decisiones, según lo hizo en el artículo impugnado, no implica contrariar tales disposiciones. Ello solamente podría ocurrir en la aplicación concreta de esos criterios en cada caso particular, si a través de tal aplicación se desconocen los derechos mencionados emanados de disposiciones superiores de derecho."

De conformidad con tales consideraciones tampoco resulta aceptable el cargo de ilegalidad del art. 1° "cuando establece que el Ministerio tendrá en cuenta las necesidades actuales y futuras del abastecimiento", ni del art. 2° cuando asigna a la Comisión de Precios del Petróleo la posibilidad de indicar mecanismos aplicables en caso de que existan excedentes de exportación, además de que la simple indicación sin fuerza obligatoria de alternativas o mecanismos, no se ve claramente en qué forma contradice las normas invocadas.

En cuanto al sustento en otras disposiciones legales, expuesto en estos mismos cargos 1°, 2° y 3° la Sala procede a exponer sus consideraciones.

La consignada principalmente en el segundo cargo y que corresponde examinar en esta oportunidad, está montada en la consideración de que el Decreto 196 de 1986 no puede ser reglamentario, sino de aquellos que contempla el ordinal 21 del art. 120 de la C.N. que dan desarrollo a las leyes que estructuran la administración nacional y que el Congreso dicta en ejercicio de la función contemplada en el ordinal 9° del artículo 76 *ibídem*. Por ello, concluye el actor, que cuando el Gobierno pretende 'reglamentar' una Ley expedida con base en el numeral 9° del artículo 76 de la C.N. y dicta normas legislativas, obviamente infringe el artículo 120, ordinales 3 y 21 de la Constitución y la propia Ley que pretende reglamentar (en este caso, la Ley 1a. del/84).

Con relación a este tema la Sala ha observado que la potestad reglamentaria que otorga el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución al Presidente de la República, no excluye ninguna clase de leyes. Por el contrario, de su texto se deduce que, en principio, todas pueden ser materia de reglamentación y puesto que uno de los objetivos de esta potestad es la de lograr la "cumplida ejecución de las leyes", se concluye que su ejercicio está mas bien condicionado a la necesidad que surge del texto mismo de la ley, esto es, del mayor o menor grado de detalle y especificación que haya empleado el legislador. Hay leyes que no dejan mayor margen a su reglamentación porque el Congreso ha regulado cumplidamente la materia en todos sus detalles y pormenores, además, es facultad que no se agota en razón de su ejercicio.

Pero no hay texto constitucional alguno, ni se deduce de su interpretación integral, que esté prohibido al Presidente reglamentar, por la vía del ordinal 3° del art. 120 las leyes de estructuración de la administración nacional que contempla el ordinal 9° del artículo 76 de la C.N., como tampoco que el medio exclusivo de ejecutarlas sea mediante los decretos contemplados en el ordinal 21 del artículo 120 de la misma Carta.

Y ésto, porque el ordenamiento constitucional (vigente en esta materia desde la reforma de 1968) atribuye en el ya citado ord. 9° del art. 76 al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración nacional, señalar la categoría de empleos y fijar el régimen de prestaciones sociales; pero determinar aquella estructura es no sólo crear los grandes elementos que la integran, sino, además, señalar de modo general sus funciones, y al Presidente de la República, de conformidad con el No. 21 del artículo 120 compete, por medio de decretos, señalar las funciones especiales que corresponden a los empleados de la Administración, así como también le corresponde, de acuerdo con el artículo 132 distribuir según sus afinidades, los negocios entre los distintos organismos de la Administración. "En esta forma el Legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la Administración y el Ejecutivo la de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas". (C. S. de J. mayo 6/74).

De ahí que ninguna tacha de orden constitucional puede hacérsele al Decreto 196 de 1986, cuando expresó en su encabezamiento la finalidad que se propuso

el Presidente de "reglamentar los literales a) y k) art. 3° de la Ley 1a. de 1984, el Decreto-Ley 444 de 1967 y se dictan otras disposiciones", puesto que tanto la Ley 1a. como el Decreto 444 podían ser materia de reglamentación.

Tan sólo que, como lo ha dicho también tantas veces esta Corporación, el ejercicio de esta facultad debe ser "*secundum legem*" y fue precisamente en el análisis de esta situación que la Sala encontró violatorias algunas de sus disposiciones (artículos 3° y 4°) y acorde el art. 1° con las leyes que dijo reglamentar.

En consecuencia, el cargo estructurado en la extralimitación de la potestad reglamentaria o en la invasión de campos que competen a otras ramas del poder público, no es aceptable.

Como tampoco puede ser el que deriva el actor de las posibilidades de autorizaciones y facultades especiales o extraordinarias que permite la Constitución a favor del Presidente (artículo 76, ords. 4°, 11, 12 y 22 y art. 80), puesto que ni la Ley 1a. de 1984, ni el Decreto 444 de 1967, en las materias tratadas, contemplaron ninguna de tales facultades, como él mismo lo expone.

El Presidente de la República al dictar el Decreto 196 de 1986 no invocó ninguna de tales inexistentes facultades sino sencillamente dijo hacer uso "de sus facultades legales y en especial de las conferidas por el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política", luego es impropio plantear nulidad sobre simples hipótesis no realizadas, o considerar que es o debió ser otra la naturaleza jurídica del acto impugnado.

Y finalmente, si se considera que la Ley 1a. al conceder facultades al Ministerio "para fijar políticas", no se ciñó a la Constitución, sería problema de la ley, no del reglamento, que correspondería decidir a la Corte Suprema de Justicia y no al Consejo de Estado.

Cargo Cuarto.

Lo fundamental de este cargo con relación a la violación del derecho de propiedad (art. 30 de la Constitución) sobre los excedentes exportables tiene relación directa con lo dispuesto en los arts. 3° y 4° del Decreto 196/86 que establecieron la opción de compra a favor de Ecopetrol, por precio especial y estas fueron las dispocisiones anuladas por la Corporación.

Pero la violación del art. 30 de la Constitución y el 28 de la Ley 153 de 1887 (incorporación a los contratos de las leyes vigentes al tiempo de su celebración) con relación al artículo 1° del Decreto 196 de 1986 cuando éste se refiere a la facultad del Ministerio (de acuerdo con la comisión de Precios) al "fijar los volúmenes de producción que los *explotadores* deben destinar a la refinación del país" no es aceptable tal cargo de violación porque en esta parte el Decreto reglamentario simplemente reprodujo el texto del inciso del literal k) del artículo 3° de la Ley 1a. de

1984, de tal suerte que si en ello hay violación de las normas invocadas sería la ley la transgresora y no el decreto reglamentario.

Cargo Quinto.

Según el cual el decreto reglamentario acusado restringe o modifica las condiciones y posibilidad de la explotación petrolera que debe basarse fundamentalmente en razones técnicas indicadas por las características propias de los yacimientos, aplicando tecnología y procedimientos propios de la Ingeniería de petróleos para llegar a niveles eficientes de explotación.

Encuentra la Sala que el artículo 1° y de manera especial su parágrafo ordenan al Ministerio de Minas y Energía determinar los volúmenes de producción teniendo en cuenta entre otros factores, "las características de los yacimientos" y "la recuperación de la inversiones", expresiones en las cuales precisamente se condensan los que reclama el demandante para lograr niveles eficientes de explotación, concepto en el cual entran en juego diversidad de elementos que interesan por igual al país y a las empresas. En lugar de contradicción con las normas invocadas, la sala encuentra desarrollo en la mención o referencia de los factores indicados en el artículo 1°, incluído su parágrafo, que por lo demás está dentro de los criterios sobre exploración y explotación de los recursos consagrados en el artículo 3°, de la Ley 1a. de 1984 en sus literales e), ll), ñ) y otros que persiguen los objetivos de técnica y equilibrada explotación por la que propugna el demandante. En la actualidad se encuentran consagrados en el artículo 10 de la Ley 51 de 1989 dentro de las funciones propias de la Comisión Nacional de Energía, con criterios similares.

No prospera el cargo, por lo expuesto.

Cargo Sexto.

El calificativo de monopolio y consecuente violación del artículo 31 de la C.N. dado a la opción de compra instituida a favor de Ecopetrol, se refería al art. 3° y al 4° del Decreto, lo cual ya fue resuelto por la Sala.

Cargo Séptimo.

Igual consideración vale para este cargo, relativo a las violaciones del derecho de dominio y sus atribuciones consagradas en normas del Código Civil.

Ultimo cargo.

Sobre la falsa motivación y desviación de poder.

Cabe observar, como lo anota la señora Fiscal, que la falsa motivación que genera nulidad del acto es la que incide en forma determinante en la parte resolutiva de la decisión, o dicho en otra forma, la decisión es anulable cuando para

adoptar se ha basado la Administración en motivos falsos o errados y en este aspecto la mayor parte de los considerados son copia de apartes del Decreto 444 de 1967 y de la Ley 1a. de 1984 para resaltar "la competencia del Ministerio de Minas y Energía y de la Comisión de Precios para señalar los volúmenes de producción que deben destinarse a la refinación interna y otras materias vinculadas a esta función, que ciertamente le competen según las normas invocadas.

De la parte resolutiva y decisoria del Decreto, la Sala encontró violatorios de las Leyes invocadas solamente los artículos 3° y 4° mas no por fallas en la motivación, sino por la decisión misma.

No hay -con relación a los arts. 1° y 2°- la ausencia o falsa motivación que arguye el actor, motivo por el cual no se acepta el cargo.

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

FALLA:

1o. Con relación a los artículos 3° y 4° del Decreto Reglamentario 196 de 1986 (enero 17) estése a lo resulto en la sentencia del 14 de enero de 1991 (Sala de diciembre 18 de 1990) proferida por la Corporación en el proceso radicado con el número S-157 (actor: Robert B. Raisbeck - Consejero ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla).

2o. Deniégese las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión del 5 de febrero de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz,* Salva el voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* Salva el voto; *José Joaquín Camacho Pardo, Policarpo Castillo Dávila, Guillermo Chahín Lizcano,* Aclara el voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Myriam Guerrero de Escobar, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* Salva el voto; *Carmelo Martínez Conn,* Salva el voto; *José Padilla Villar,* Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure,* Salva el voto; *Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta,* Salva el voto; *Rodrigo Viera Puerta,* Salva el voto; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

Nota de Relatoría: Los salvamentos de los señores Consejeros Drs. Carmelo Martínez Conn, Jorge Penén Deltieure, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno y Rodrigo Vieira Puerta y aclaración de voto del Dr. Guillermo Chahín Lizcano, en lo sustancial son los mismos que se suscribieron con motivo del fallo de enero 14 de 1991, Exp. S-157, actor: Robert Bruce Raisbeck, ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, publicado en este mismo Tomo en las páginas 72 y siguientes.

CONDENA EN ABSTRACTO/ LIQUIDACION DE CONDENA/ TERMINO JUDICIAL

Para efectos de la liquidación de la condena en abstracto, deberá tramitarse el incidente con sujeción al artículo 137 del C.P.C., pues el trámite contemplado en el 308 *ibídem* fue suprimido, y si bien es cierto la condena en abstracto prácticamente desapareció del proceso civil, no sucedió igual con dicha condena en el administrativo, porque ella tiene norma especial que no fue derogada. Dicho incidente deberá formularse dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo. Se señala este término judicialmente por permitirlo así el artículo 119 del C. de P.C. y por existir vacío en el código administrativo.

PERJUICIOS MATERIALES

Tanto la madre del occiso como sus hermanos menores deberán ser indemnizados, ya que se comprobó que dependían económicamente de aquél. Como no se comprobó adecuadamente la actividad del comerciante que ejercía a la sazón, la liquidación tendrá que hacerse con base en el salario mínimo legal para el sector primario, en la época.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

La obligación de la Nación de indemnizar los perjuicios ocasionados por un agente suyo en acto de servicio, tiene como causa un mal funcionamiento de éste, porque dicho agente desconoció el principio contemplado en el art. 16 de la Constitución. La responsabilidad de la entidad por falla del servicio de vigilancia aparece bien demostrada dentro del proceso.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., diez y nueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. R-054. Actor: María del Carmen Rico vda. de Alvarez. Reconstrucción-Empate. FALLO.

Mediante escrito presentado en la Sección Tercera de esta Corporación, la señora María del Carmen Rico Vda. de Alvarez obrando en su propio nombre y en el de sus hijos, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (Art. 68 de la Ley 167 de 1941) pide se declare que la Nación Colombiana es responsable de la muerte del señor HUGO ALVAREZ RICO como consecuencia de un disparo de carabina M-1 propinado por un agente de la Policía Nacional. Por consiguiente, la Nación Colombiana está obligada: a) a pagar a los demandantes el valor de los perjuicios morales y materiales causados a la parte actora; b) deberá darse cumplimiento por parte de la Nación al fallo que se dicte dentro del término señalado por el artículo 121 del C.C.A.; en caso de no observarse el plazo legal deberá condenarse al pago de intereses corriente moratorio a partir del vencimiento de dicho término y hasta cuando realmente satisfaga la deuda.

El proceso se tramitó en la Sección Tercera bajo la decisión del H. Consejero Doctor JORGE DANGOND FLOREZ, el cual presentó proyecto de sentencia inhibitoria que no obtuvo los votos requeridos para convertirse en sentencia por empate. En la Sala Plena se decidió que debía hacerse pronunciamiento de fondo y por esta razón pasó al despacho del suscrito Consejero donde se encontraba cuando fue destruido en el incendio del Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

ANTECEDENTES:

Narra la demanda que "el día 14 de septiembre de 1976, el señor HUGO ALVAREZ RICO, se encontraba en el sitio "El Amarillal", vereda del Municipio de Muzo, a donde había viajado con el fin de cobrar unos dineros y también realizar otras transacciones comerciales propias de su oficio de comerciante viajero. Y agrega: "Sin que mediara discusión alguna, el Agente de la Policía en servicio activo MIGUEL ALFONSO RUIZ MARTINEZ, disparó el fusil de dotación oficial casi a boca de jarro (2 metros) contra Hugo Alvarez Rico, a quien causó la muerte". Previa investigación adelantada por el Juzgado 52 de Instrucción Penal Militar, el Tribunal Superior Militar por providencia del 16 de diciembre de 1977 confirmó la sentencia objeto apelación dictada en el Consejo Verbal de Guerra convocado por el Comandante del Departamento de Policía del Valle del Cauca, que condenó al Agente de la Policía Nacional Miguel Alfonso Ruiz Martínez, como responsable del delito de homicidio intencional en la persona del señor Hugo Alvarez Rico, a 8 años de presidio. Se impusieron además penas accesorias, y condenó al procesado a la reparación de perjuicios de todo orden causados por razón de los hechos.

El occiso trabajaba, según dice la demanda, como comerciante viajero, actividad en la cual devengaba un salario promedio de $12.500 mensuales que la víctima entregaba a la señora María del Carmen Vda. de Alvarez en su totalidad.

Considera como violados los artículos 16, 23 y 29 de la Constitución Nacional; el Decreto 1355 de 1970, artículos 1°, 4°, 5°, 29 y 30; el Decreto 2347 de 1971 (Estatuto Orgánico de la Policía Nacional), artículos 1°, 2° y 18; Decreto 2857/66 (Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional), artículos 4°, 5°, 9°, 13, 64, 66 y 76 numerales 23 y 25, y Resolución No. 00168 de la Dirección General de la Policía Nacional, artículos 1°, 2°, 3°, 21, 23, 63 y 74. Dice que es deber de las autoridades colombianas proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes como lo dispone el artículo 16 de la Carta, de donde emana el fundamento principal de la responsabilidad estatal basada en la denominada falla del servicio; manifiesta que al ser condenado el Agente Miguel Alfonso Ruiz Martínez por haber ocasionado la muerte en forma violenta y arbitraria a Hugo Alvarez Rico, sin ninguna justificación por la cual fue condenado, "tiene que concluirse que el Estado Colombiano falló en la prestación del deber de garantizar la vida de dicho joven. Y como la muerte de ALVAREZ RICO produjo daños tanto morales como materiales a la madre del mencionado señor y a sus menores hijos, la Nación Colombiana está en la obligación de indemnizarlos".

LA PARTE OPOSITORA:

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la parte demandada en su alegato de conclusión sostiene que atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se sucedieron los hechos, se concluye que el Agente de la Policía obró por su propia cuenta, y, agrega: "Es necesario tener en cuenta la labor que desarrollaban el occiso, su hermano y sus amigos. El Agente también "guaquiaba".

Y Agrega: Considero que para que la responsabilidad del Estado surja al mundo jurídico es preciso que el Agente estatal *dentro del ámbito físico jurídico de la prestación de un servicio público,* cause daño por acción o por omisión.

En el sitio en que sucedieron los hechos, el agresor, el señor Ruiz, no se encontraba desempeñando misión alguna relacionada con su condición de agente, es decir, se encontraba ausente el elemento axiológico de la resposabilidad estatal, falta o falla de la administración dentro de la prestación un servicio público; que no es en modo alguno, el estar buscando esmeraldas. "Con lo anterior pide que se exonere de responsabilidad a la Nación". Por las circunstancias en que ocurrieron los hechos, los elementos encontrados en el lugar de los acontecimientos, las herramientas utilizadas, la profesión del occiso de no ser "comerciante viajero"sino "guaquero", el no encontrarse en el lugar de los hechos "por lo menos algo de la mercancía que dicen los testigos vendía el occiso", no puede pretenderse el pago de una indemnización con fundamento en declaraciones carentes de

veracidad. En cuanto a los perjuicios morales pide que no se reconozca como heredera a Flor Mireya Rico, pues por auto de 3 de abril de 1981 no se le otorgó reconocimiento, ya se había definido la situación, y las partes habían sido plenamente identificadas. Para finalizar transcribe parte del fallo del 18 de febrero de 1988 (proceso No. 3334 y 3543 fls. 191 a 194) y pide que sean negadas las peticiones de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO: La Fiscal Tercera de la Corporación Doctora Edné Cohen Daza expresa en la parte de consideraciones del concepto Fiscal:

"CONSIDERACIONES"

"Antes de entrar al fondo del problema, la Fiscalía se permite observar lo siguiente:

"El Decreto 3825 de diciembre 27 de 1985 que estableció la posibilidad de reconstruir los procesos destruidos en la toma del Palacio de Justicia se refiere a la manera de rehacer el expediente destruido. Entendiéndose que lo que se reconstruye es precisamente lo que antes existía, sin que esto se pueda utilizar como una oportunidad para enmendar errores, corregir demanda o mejorar las pruebas ya existentes. En el presente caso hay prueba -así quedó escrito en el libro radicador que se lleva en la Secretaría- que la señora Mireya Alvarez Rico no fue admitida como actora en el proceso (Véase fl. 103 del expediente). El auto de abril 16 de 1981, que así lo decidió quedó ejecutoriado, sin que contra él se hubiera interpuesto ningún recurso. El proceso continuó su trámite, sin que en él hubiera sido admitida la Señora Alvarez Rico."

"En forma inexplicable, el apoderado de los actores y de manera extemporánea, aprovechándose de la reconstrucción del expediente pretende corregir la demanda, haciendo que se le reconozca personería a nombre de la misma Señora Alvarez Rico, que como ya se explicó no es parte del proceso".

"El mismo apoderado, en diferentes escritos insiste en hacer referencia al sentido por cierto adverso, del proyecto de sentencia elaborado en la Sección Tercera, e insiste en que el empate dirimido en Sala Plena fue en sentido que favorece a sus interesados. Lo anterior, no son más que suposiciones, o ardides profesionales, pues las sesiones o reuniones que efectúan las Secciones o la Sala Plena, tienen el carácter de privada, las discusiones de los proyectos de sentencias son estrictamente reservados y de ahí, que el sentido de los proyectos y las discusiones en torno de los mismos no queden registrados en los respectivos expedientes. Tampoco es admisible acudir a la simple memoria de cualquiera de los intervinientes en las reuniones o Salas, pues ese medio probatorio no está permitido en el Decreto 3825/85 sobre reconstrucción. Cosa diferente son las certificaciones que puedan expedirse y que deben obrar en el expediente".

El occiso trabajaba, según dice la demanda, como comerciante viajero, actividad en la cual devengaba un salario promedio de $12.500 mensuales que la víctima entregaba a la señora María del Carmen Vda. de Alvarez en su totalidad.

Considera como violados los artículos 16, 23 y 29 de la Constitución Nacional; el Decreto 1355 de 1970, artículos 1°, 4°, 5°, 29 y 30; el Decreto 2347 de 1971 (Estatuto Orgánico de la Policía Nacional), artículos 1°, 2° y 18; Decreto 2857/66 (Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional), artículos 4°, 5°, 9°, 13, 64, 66 y 76 numerales 23 y 25, y Resolución No. 00168 de la Dirección General de la Policía Nacional, artículos 1°, 2°, 3°, 21, 23, 63 y 74. Dice que es deber de las autoridades colombianas proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes como lo dispone el artículo 16 de la Carta, de donde emana el fundamento principal de la responsabilidad estatal basada en la denominada falla del servicio; manifiesta que al ser condenado el Agente Miguel Alfonso Ruiz Martínez por haber ocasionado la muerte en forma violenta y arbitraria a Hugo Alvarez Rico, sin ninguna justificación por la cual fue condenado, "tiene que concluirse que el Estado Colombiano falló en la prestación del deber de garantizar la vida de dicho joven. Y como la muerte de ALVAREZ RICO produjo daños tanto morales como materiales a la madre del mencionado señor y a sus menores hijos, la Nación Colombiana está en la obligación de indemnizarlos".

LA PARTE OPOSITORA:

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente la parte demandada en su alegato de conclusión sostiene que atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se sucedieron los hechos, se concluye que el Agente de la Policía obró por su propia cuenta, y, agrega: "Es necesario tener en cuenta la labor que desarrollaban el occiso, su hermano y sus amigos. El Agente también "guaquiaba".

Y Agrega: Considero que para que la responsabilidad del Estado surja al mundo jurídico es preciso que el Agente estatal *dentro del ámbito físico jurídico de la prestación de un servicio público,* cause daño por acción o por omisión.

En el sitio en que sucedieron los hechos, el agresor, el señor Ruiz, no se encontraba desempeñando misión alguna relacionada con su condición de agente, es decir, se encontraba ausente el elemento axiológico de la resposabilidad estatal, falta o falla de la administración dentro de la prestación un servicio público; que no es en modo alguno, el estar buscando esmeraldas. "Con lo anterior pide que se exonere de responsabilidad a la Nación". Por las circunstancias en que ocurrieron los hechos, los elementos encontrados en el lugar de los acontecimientos, las herramientas utilizadas, la profesión del occiso de no ser "comerciante viajero"sino "guaquero", el no encontrarse en el lugar de los hechos "por lo menos algo de la mercancía que dicen los testigos vendía el occiso", no puede pretenderse el pago de una indemnización con fundamento en declaraciones carentes de

veracidad. En cuanto a los perjuicios morales pide que no se reconozca como heredera a Flor Mireya Rico, pues por auto de 3 de abril de 1981 no se le otorgó reconocimiento, ya se había definido la situación, y las partes habían sido plenamente identificadas. Para finalizar transcribe parte del fallo del 18 de febrero de 1988 (proceso No. 3334 y 3543 fls. 191 a 194) y pide que sean negadas las peticiones de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO: La Fiscal Tercera de la Corporación Doctora Edné Cohen Daza expresa en la parte de consideraciones del concepto Fiscal:

"CONSIDERACIONES"

"Antes de entrar al fondo del problema, la Fiscalía se permite observar lo siguiente:

"El Decreto 3825 de diciembre 27 de 1985 que estableció la posibilidad de reconstruir los procesos destruidos en la toma del Palacio de Justicia se refiere a la manera de rehacer el expediente destruido. Entendiéndose que lo que se reconstruye es precisamente lo que antes existía, sin que esto se pueda utilizar como una oportunidad para enmendar errores, corregir demanda o mejorar las pruebas ya existentes. En el presente caso hay prueba -así quedó escrito en el libro radicador que se lleva en la Secretaría- que la señora Mireya Alvarez Rico no fue admitida como actora en el proceso (Véase fl. 103 del expediente). El auto de abril 16 de 1981, que así lo decidió quedó ejecutoriado, sin que contra él se hubiera interpuesto ningún recurso. El proceso continuó su trámite, sin que en él hubiera sido admitida la Señora Alvarez Rico."

"En forma inexplicable, el apoderado de los actores y de manera extemporánea, aprovechándose de la reconstrucción del expediente pretende corregir la demanda, haciendo que se le reconozca personería a nombre de la misma Señora Alvarez Rico, que como ya se explicó no es parte del proceso".

"El mismo apoderado, en diferentes escritos insiste en hacer referencia al sentido por cierto adverso, del proyecto de sentencia elaborado en la Sección Tercera, e insiste en que el empate dirimido en Sala Plena fue en sentido que favorece a sus interesados. Lo anterior, no son más que suposiciones, o ardides profesionales, pues las sesiones o reuniones que efectúan las Secciones o la Sala Plena, tienen el carácter de privada, las discusiones de los proyectos de sentencias son estrictamente reservados y de ahí, que el sentido de los proyectos y las discusiones en torno de los mismos no queden registrados en los respectivos expedientes. Tampoco es admisible acudir a la simple memoria de cualquiera de los intervinientes en las reuniones o Salas, pues ese medio probatorio no está permitido en el Decreto 3825/85 sobre reconstrucción. Cosa diferente son las certificaciones que puedan expedirse y que deben obrar en el expediente".

"Por otra parte, como en el presente caso no se había dictado aún sentencia, únicamente se sabe que el expediente pasó al Despacho del doctor Martínez Conn para que elaborara nuevo proyecto de sentencia, para hacerlo, es necesario estudiar, analizar y valorar todas las pruebas que aparecen en el expediente".

"Teniendo precisamente las pruebas allegadas al proceso, esta Fiscalía se permite observar lo siguiente:

"En el acta de diligencia de levantamiento (fls. 18 y 19), se puede leer que a unos 20 centímetros de los pies del cadáver de Hugo Alvarez Rico, fue hallado un costal de tierra, de igual manera en el desfiladero otros tres costales de tierra y en la cintura al lado izquierdo un cuchillo o picabetas, con su respectiva funda. Se dejó constancia de lo expresado por el señor Edgar Alvarez hermano de la víctima, en el sentido de que la muerte ocurrió a las 12: a.m, del día 14 de septiembre de 1986, "cuando vió que un Agente de la Policía le hizo un disparo, que al parecer el Agente de la Policía venía de la quebrada y el occiso hacia bajo".

"El hermano de la víctima expresó acerca de la actividad de Hugo Alvarez, lo siguiente; "profesión Guaquero".

"Las declaraciones de Juan de J. Novoa, Adriano Vizcaíno, José Gerardo Novoa, Manuel Celeita y José Cerón Quevedo, están debidamente ratificadas en diligencias (fls. 156 a 165 y 171 a 172); expresan que el señor Hugo Alvarez Rico, se dedica a la distribución de productos en las localidades de Chipaque, Cáqueza y Muzo, que con la comisión que ganaba, sostenía a sus progenitores y hermanos".

"Las declaraciones no precisan en qué época el occiso desempeñó labores de comerciante, se limita a decir simplemente que le proporcionaban mercancías para que él las vendiera, no se aportó, ningún documento que acredite el vínculo o el contrato existente entre los declarantes y la víctima".

"Aún aceptado que el occiso se desempeñaba como comerciante viajero, lo cierto es que al momento de su muerte, estaba en otra actividad muy diferente, como desprevenidamente lo afirma su propio hermano, cuando dice que Hugo era de profesión "Guaquero". (fl. 19).

"Debe agregarse, que Edgar Alvarez, su hermano, también laboraba en la misma actividad y por ende no dependía económicamente de la víctima".

"La actividad desarrollada por la víctima, cuando se sucedieron los hechos, como buscador de esmeraldas o guaquero, era prohibida por la ley o ilícita y sujeta por lo mismo a multiplicar riesgos. Es de suponer que por la anterior circunstancia, en la demanda se omite este hecho".

"Las declaraciones de Edgar Alvarez Rico, Luis Antonio Colmenares, Pablo A. Quevedo Durán, José Francisco Herrera, José Augusto Herrera (fls. 23 a 29) fueron recepcionadas en el proceso penal, obran en fotocopia dentro del proceso contencioso administrativo, tal como lo ordena el art. 229 del C.P.C., por remisión del art. 168 del Decreto 01 de 1984, por eso no pueden ser apreciadas".

"Tenemos pues que desechadas estas declaraciones, en el expediente no existe prueba suficiente que demuestre la forma en que sucedieron los hechos, de suerte que se pueda establecer la responsabilidad del ente demandado".

"Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar a la Honorable Sala se nieguen las súplicas de la demanda."

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Del estudio del expediente se advierte que la actora incluye dentro de los beneficiarios de la indemnización a Flor Mireya Alvarez Rico, a quien por providencia de 3 de abril de 1981 (fl. 103) no se admitió como parte en el proceso, y agrega que la actuación surtida con motivo de la reconstrucción del proceso no permite mejorar las pruebas existentes, corregir errores o enmendar la demanda. Dicha providencia cobró ejecutoria y quedó en firme por no haberse interpuesto ningún recurso contra ella.

Respecto del argumento expuesto en el alegato de conclusión por la distinguida representante de la Nación-Policía Nacional, en el sentido de que el agente Miguel Alfonso Ruiz Martínez, que dio muerte al joven de 19 años Hugo Alvarez Rico, no estaba en ese momento cumpliendo sus obligaciones del servicio sino en su actividad particular de guaquero, no es cierta. En efecto, en la documentación trasladada del proceso penal que se siguió al agente Ruiz Martínez y en la sentencia de 25 de marzo de 1977, dictada por el Consejo Verbal de Guerra por la cual se condenó al agente Miguel Alfonso Ruiz Martínez, se precisa que éste ese 14 de septiembre de 1976 prestaba turno de vigilancia y estaba en comisión en la zona esmeraldífica y dependía directamente de la Inspección General de la Policía Nacional. Otra cosa es que el agente Ruiz Martínez, y al parecer todos los agentes de la Policía en la zona, se comprometían a proteger los intereses de determinadas personas dedicadas a la extracción de esmeraldas en la región de Muzo, mediante una participación en el negocio y que el joven Hugo Alvarez Rico estaba buscando gemas con otros tres compañeros más, los señores Víctor Ladino, Jairo Herrera, Luis Colmenares y su hermano Edgar Alvarez Rico, según testimonios de éste último,(hermano del occiso),y de Luis Antonio Colmenares. El agente Ruiz Martínez también estaba lavando tierra en busca de esmeraldas con otro grupo de personas, aunque se encontraba cumpliendo su turno de servicio, y disparó su arma de dotación oficial a poca distancia de la víctima encontrándose ésta de espalda. Por esta acción fue condenado en Consejo de Guerra

Verbal celebrado en la ciudad de Cali, el 18 de marzo de mil novecientos setenta y siete que declaró su responsabilidad por el delito de homicidio con intención de matar, dictándose sentencia el 25 de los mismos mes y año que lo condenó a la pena principal de 8 años de presidio y como accesorias la publicación de la sentencia y su separación del servicio de la Policía Nacional.

Consultada la decisión anterior fue confirmada en todas sus partes en sentencia de dieciseis de diciembre del mismo año, dictada por el Tribunal Superior Militar; tanto en esta sentencia como en la de primera instancia, se hizo contar la falsedad de la versión del agente Ruiz Martínez en el sentido de, que fue atacado y tuvo que defenderse y se le condenó por homicidio voluntario. Queda establecida, entonces, la responsabilidad del agente por actos delictivos cuando se encontraba en servicio. Además, subsumida esa conducta dentro de las reglas que gobiernan la responsabilidad estatal, muestra un irregular funcionamiento del servicio público y con él comprometida la responsabilidad de la entidad demandada.

Los señores Juan de J. Novoa, Manuel Celeta, Genaro Novoa y Adriano Vizcaino, rindieron testimonio ante el Consejero que redacta esta providencia, el 24 de febrero de 1988. De estos testimonios se destaca: a) Juan de Jesús Novoa Rico, quien expresó no tener parentesco con el demandante, dice: que le daba a Hugo Alvarez Rico para que vendiera, panela, arroz, fósforos y cigarrillos en Chipaque, Muzo, Cáqueza en los años 74, 75 y 76 inclusive; en cuanto a su remuneración, dice, que era por comisión y ganaba $2.500; $2.400; $2.600, porque las ventas no eran uniformes pero que podía considerarse una remuneración promedio de $2.500 y que le giraba a la madre la mayor parte para sostener a sus hermanos; sin embargo, al final dice que él se imagina que le daba a la madre el 80% de sus ganacias, porque él trabajaba con otros comerciantes. Al ser preguntado por la señora representante-judicial de la Policía Nacional si conserva comprobante de lo que había pagado al joven Hugo Alvarez Rico, respondió que no. b) Genaro Novoa, preguntado por el Consejero sustanciador la fecha de su relación comercial con el joven Hugo Alvarez Rico, dijo que "yo comencé a comerciar con él en el año 74 y parte del 75 cuando vino el fallecimiento de él"; preguntado cuál era la remuneración del joven Hugo Alvarez Rico conforme a sus libros de comercio, y contestó que un promedio de $2.000; $2.500. Sobre la zona en que distribuía mercancía respondió "él llevaba para la zona de esmeraldas de vez en cuando, para Cáqueza y Chipaque. Repreguntado por la apoderada de la Policía Nacional sobre el porcentaje que dejaba para él y para la madre, el testigo dice que sería muy difícil decir cuánto, pero que sí le enviaba dinero a su madre. El testigo Manuel Celeita Vanegas, comerciante de corabastos, dice que el joven Alvarez Rico trabajaba con él como vendedor ambulante en Muzo, Cáqueza, Chipaque; al preguntarle las fechas en que se desarrolló esa relación dijo que del 74 al 76 y que ganaba un promedio de $2.500 a $3.000, más o menos pero que no ganaba comisión sino que cancelaba la factura que le daba en mercancía que él vendía. Manifestó no saber cuanto le giraba a su señora madre pero que el occiso le contó que le giraba $2.800 pesos; su testimonio es de oidas y no de percepción directa. c) el testigo Adriano Vizcaíno Gutiérrez,

natural de Cáqueza y residente en Bogotá y de profesión comerciante, dice que el joven Hugo Alvarez Rico trabajó con él desde 1974, 1975 y parte de 1976 y su relación consistía en que el testigo le daba mercancía para la venta y le pagaba una comisión sobre lo vendido de $2.500, mensual; dice que le giraba a la madre pero que no sabe cuánto, y que murió en septiembre de 1976.

En la diligencia de levantamiento del cadáver (fls. 18/19) se encontró dinero en efectivo por $3.450; un cheque a su favor por $5.000. En la misma diligencia de levantamiento del cadáver se encontró al occiso, un comprobante de giro por $7.000 que remitía a su madre María del Carmen Rico de Alvarez hecho que prueba que evidentemente Hugo Alvarez Rico le remitía dinero a su progenitora para su sostenimiento.

Sin embargo, en la misma diligencia se hizó presente Edgar Alvarez Rico, hermano de Hugo, lo identificó y manifestó que la profesión de su hermano muerto era de guaquero, actividad a la cual se dedicaba en compañía de Edgar, Jairo Herrera, Pablo Quevedo, y Víctor Ladino, entre otros, que fueron detenidos por la Policía; la misma actividad y ocupación le aparece en la copia del acta de defunción (fl. 10). Queda, entonces descartado que Edgar Alvarez Rico ejercía actividad de agente de comercio, por lo menos en el momento de su muerte, según los testimonios de Juan de J. Novoa, Adriano Vizcaíno, José Genaro Novoa, Manuel Celuta y José Cerón Mora Quevedo los que por lo demás no son coincidentes. De todos modos, la responsabilidad civil de la Nación por el hecho delictivo del agente de la Policía Ruiz Martínez cuando se encontraba prestando servicio de policía, está plenamente demostrada, no sólo con la sentencia de condena pronunciada por el Consejo de Guerra confirmada por el Tribunal Superior Militar, sino también por los testimonios de las personas presentes cuando se produjo la muerte del joven Hugo Alvarez Rico, por un disparo hecho por la espalda que le destrozó el lóbulo superior del pulmón derecho, circunstancia que decidió a los jueces penales a desechar la pretendida defensa alegada por el homicida.

Como no hay manera de establecer el ingreso mensual del joven Alvarez Rico se considera que no podía devengar una suma mensual inferior al salario mínimo legal que para la fecha, septiembre de 1976, era de $48,oo diarios. Igualmente, el día de su muerte el occiso contaba con 19 años, cuatro (4) meses y 28 días de edad.

Al juicio comparecieron como demandantes, María del Carmen Rico, natural de Cáqueza, Cundinamarca, en su carácter de madre de Hugo Alvarez Rico, nacido en el matrimonio celebrado por los ritos de la Iglesia Católica entre Inocencio Alvarez (fallecido) y aquella el 11 de julio de 1953 en la población de Cáqueza. De esta unión nacieron, Flor Mireya Alvarez Rico, el 7 de marzo de 1961; Esther, nacida el 19 de agosto de 1963; Clara Marlene, nacida el 17 de mayo de 1965; Héctor Luis, nacido el 6 de enero de 1967; según las correspondientes partidas de registro civil visibles a folios 10 a 16 del expediente reconstruido.

Los perjuicios materiales por definición legal, están constituidos por el daño emergente y el lucro cesante según los términos del artículo 1.612 del Código Civil, según el cual, "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante", y según definición del Código Civil, "entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento". (Art. 1.614).

En el caso *sub-lite*, la obligación de la Nación de indemnizar los perjuicios causados por un agente suyo en acto de servicio, tiene como causa un mal funcionamiento de éste, porque dicho agente desconoció el principio contemplado en el artículo 16 de la Constitución y fué condenado como autor voluntario del delito de homicidio en la persona del señor Hugo Alvarez Rico, en sentencias de mayo 25 de 1977 y diciembre 17 del mismo año, que acogieron el veredicto de culpabilidad emitido por el Consejo Verbal de Guerra.

La responsabilidad de la entidad por falla del servicio de vigilancia, aparece bien demostrada dentro del proceso. La autoría material de la muerte del señor Hugo Alvarez Rico se desprende de las sentencias penales que obran en el expediente, las cuales muestran que el agente de Policía Miguel Alfonso Ruiz Martínez, en horas de servicio y utilizando su arma de dotación oficial, le dio muerte, por la espalda y sin mediar provocación alguna. Hechos valorados en las citadas providencias y que aparecen corroborados dentro de este proceso por los varios testimonios que fueron recepcionados y de que se dio cuenta atrás.

Esa falla produjo serios perjuicios a los damnificados demandantes, quienes no actúan en el presente proceso como herederos del occiso, sino en su carácter de personas perjudicadas con la conducta oficial. Esta legitimación obedece a reiterada jurisprudencia de la Corporación.

En primer término, los demandantes sufrieron perjuicios de carácter moral. Y en este orden de ideas se estima que la madre legítima del occiso, señora María del Carmen Rico Vda. de Alvarez, sufrió el mayor dolor posible, indemnizable, de acuerdo con la jurisprudencia, con el equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos oro. Igualmente los hermanos menores que dependían del occiso (Aura Esther, Clara Marlene y Héctor Luis Alvarez Rico) deberán ser resarcidos por el mismo concepto con el equivalente de 500 gramos oro para cada uno.

En cuanto a los perjuicios materiales, tanto la madre del occiso como sus hermanos menores deberán ser indemnizados, ya que se comprobó que dependían económicamente de aquél, tal como se desprende de los testimonios de los señores Juan de Jesús Novoa, Manuel Celeta, Genaro Novoa y Adriano Vizcaíno. Como no se probó adecuadamente la actividad de comerciante que ejercía a la sazón, ya que las pruebas muestran que se dedicaba a la "guaquería" en la región esmeraldífera, la liquidación tendrá que hacerse con base en el salario mínimo

legal para el sector primario, el que para la época fue fijado en $48.oo diarios (Decreto 1623 del 30 de julio de 1976).

En este caso concreto, dadas las circunstancias especiales que muestra el proceso, del ingreso mensual que percibía el occiso deberá descontarse un 25%, suma que se estima gastaba para su propia subsistencia y el resto deberá distribuirse, así: el 50% para su madre, señora María del Carmen Rico de Alvarez; y el resto, para sus hermanos menores Aura Esther, Clara Marlene y Héctor Luis Alvarez Rico.

La liquidación deberá comprender dos períodos, según la orientación jurisprudencial reiterada: uno vencido o consolidado, que va desde el 14 de septiembre de 1976 (ocurrencia del hecho perjudicial) hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia; y otro, futuro, que corre de esta fecha hasta la vida probable de la madre. Frente a los hermanos debe precisarse que como éstos llegaron a la mayor edad antes de dicha ejecutoria, deberá tenerse en cuenta dicha circunstancia. En otros términos, éstos no tendrán derecho a indemnización por el período futuro.

Como se pide en la demanda la actualización de la condena y no aparecen el expediente probados los índices de precios al consumidor para darle aplicación al artículo 178 del C.C.A., la condena tendrá que hacerse en abstracto para su liquidación incidental. Para el efecto deberá tramitarse incidentes con sujeción al artículo 137 del C. de P.C. Se dispone tal cosa porque el trámite que contemplaba el artículo 308 de este código fue suprimido por el Decreto 2282 de 1989; y porque, si bien es cierto la condena en abstracto prácticamente desapareció del proceso civil, no sucedió igual con dicha condena en el administrativo, porque ella tiene norma especial (el artículo 172 de C.C.A.) que no fue derogado por el decreto reformatorio de aquel proceso o sea el mencionado Decreto 2282.

Dicho incidente deberá formularse dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo. Se señala este término judicialmente por permitirlo así el artículo 119 del C. de P.C. y por existir vacío en el Código Administrativo.

Los dos períodos indemnizatorios deberán liquidarse con sujeción a las siguientes fórmulas: Primer período $S = Ra \frac{(1+1)^n - 1}{i}$; de donde S, suma que se busca; Ra o renta actualizada según los índices de precios; i igual a 0.004867% mensual; n, igual número de meses corridos hasta la ejecutoria de la sentencia o hasta la mayoridad de los hermanos.

Segundo período: $S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$. En esta última fórmula n será el número de meses de vida probable de la madre del occiso. Se dispone esto no

sólo por la viudedad de la madre sino porque ésta quedó en precarias condiciones económicas y sin ayuda probable. En las fórmulas indicadas para hallar Ra- (o renta actualizada según los índices de precios) se utilizará la fórmula siguiente: $Ra = r \frac{ind.f}{ind.i}$; o sea r, igual ingreso del occiso a la fecha de su muerte; ind. f o índice final, el que certifique el Dane a la ejecutoria de este fallo; ind. i o índice inicial, el vigente en septiembre de 1976.

Por lo expuesto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

1o. Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) de la muerte del señor Hugo Alvarez Rico, en hechos acaecidos el 14 de septiembre de 1976 (Municipio de Muzo);

2o. En consecuencia, condénasele a pagar por concepto de perjuicios morales, en concreto, el equivalente en pesos colombianos de las siguientes cantidades: a la señora MARIA DEL CARMEN RICO VDA. DE ALVAREZ 1.000 gramos oro; a AURA ESTHER, CLARA MARLENE Y HECTOR LUIS ALVAREZ RICO a 500 gramos oro para cada uno. La equivalencia del gramo oro deberá certificarla el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo;

Igualmente se le condena a pagar, en abstracto, perjuicios materiales a favor de las mismas personas, con sujeción a las pautas indicadas en la motivación y su liquidación deberá hacerse mediante el trámite incidental señalado en el artículo 137 del C.P.C., el que deberá presentarse dentro del término de dos meses contados desde la ejecutoria aludida.

3o. La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., la condena devengará los intereses señalados en la ley a partir, para los morales, de la ejecutoria de esta sentencia y para los materiales, de la ejecutoria del auto que los liquide.

4o. Niéguense las restantes peticiones 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.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo, Policarpo Castillo Dávila, Guillermo Chahín Lizcano, Clara*

Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Jaime Mossos Guarnizo, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penén Deltieure, Ausente; *Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SALA DE CONSULTA

Y

SERVICIO CIVIL

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL/ PROYECTO DE REGLAMENTO INTERNO/ CONSEJO DE ESTADO/ FUNCION CONSULTIVA/ SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA

La competencia de la Sala de Consulta de la Corporación, para examinar previamente el Proyecto de Reglamento que el Gobierno ha anunciado que presentará a la consideración de la Asamblea Constitucional, ciertamente no emana de la Constitución ni de la ley. Por el contrario, surge de un Acuerdo Político que el Gobierno incorporó en los considerandos del Decreto 1926 de 1990, mientras en la parte resolutiva -que es la que tiene verdadera fuerza vinculante en el campo del derecho- se prescinde de asignar competencia alguna a la Sala en materia consultiva o revisora. Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 9 de octubre de 1990, en la cual procedió a la revisión constitucional del aludido Decreto 1926, declaró inexequible del artículo 2° de su parte resolutiva la frase que prescribía que la Asamblea Constitucional "actuará regulada por lo establecido en el acuerdo político incorporado al Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990", así como el siguiente texto: "Su competencia estará limitada lo previsto en dicho acuerdo".

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Proyecto de Reglamento Interno de la Asamblea Constitucional, elaborado por el Gobierno.

Para efectos de su revisión, el señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, remitió a la Sala, el día 25 del presente mes, el proyecto de Resolución número 01 de 1991, "por el cual se determina el Reglamento Interno de la Asamblea Constitucional".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. ***El acuerdo político y el proyecto de Reglamento***.- La presunta competencia de la Sala de Consulta para revisar o examinar el proyecto de Reglamento Interno de la Asamblea Constitucional, elaborado por el Gobierno para ser presentado a dicha Asamblea el próximo 5 de febrero, día de su instalación, encuentra su fundamento en el Acuerdo Político suscrito el 23 de agosto de 1990 por representantes del Partido Liberal, el Partido Social Conservador, el Movimiento de Salvación Nacional y el Movimiento Alianza Democrática M-19, Acuerdo que el Gobierno incorporó el día siguiente en el CONSIDERANDO o parte motiva del Decreto Legislativo 1926 de 1990.

La base número 14 del mencionado Acuerdo Político, que se repite, forma parte integrante de la motivación del Decreto 1926 de 1990, está concebida en los siguientes términos textuales:

> 14. La Asamblea tendrá la potestad de aprobar su reglamento. El Presidente de la República presentará un proyecto de reglamento, previo examen de la Sala de Consulta del Consejo de Estado. Dicho reglamento versará sobre los temas que regulan el funcionamiento interno del Congreso para el trámite de los proyectos de ley y deberá respetar las pautas mínimas de funcionamiento de una corporación pública democrática, tales como el respeto de las minorías, la certeza del sitio y fecha de sus reuniones, el derecho de verificación del *quórum,* etc. Cuando hubiere ausencia de reglamentación respecto de algunas materias que genere vacíos, problemas de aplicación o de interpretación, se aplicará el reglamento general del Senado de la República. El Presidente de la República consultará a las fuerzas políticas sobre el proyecto de reglamento.
>
> La Asamblea dispondrá de diez (10) días hábiles a partir de su instalación para la aprobación de su reglamento. En caso de no lograrse la aprobación en ese término, se adoptará el proyecto presentado por el Presidente de la República.

II. ***La competencia en el campo del derecho***.- La competencia, o sea la facultad de decidir sobre determinadas materias, adquirida por una corporación o autoridad, sólo puede tener por fundamento la Constitución o la ley.

Dada su trascedencia en el desenvolvimiento del Estado y en la regulación de la vida en sociedad, la competencia siempre se ha reconocido como de carácter restringido, de manera que sólo podrán adoptarse decisiones válidas sobre los asuntos que hayan sido atribuidos en forma clara y expresa.

Repugna, por lo tanto, al interés público y es contraria a la Constitución, una competencia implícita, extensiva, dudosa o analógica.

III. ***La competencia de la Sala.***- Para el Consejo de Estado la función consultiva surge de la Constitución Política, cuyo artículo 141 le atribuye la competencia para actuar como "cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración", debiendo ser obligatoriamente oído en todos aquellos "que la Constitución y las leyes determinen".

La competencia de la Sala de Consulta de la Corporación, para examinar previamente el proyecto de Reglamento que el Gobierno ha anunciado que presentará a la consideración de la Asamblea Constitucional, ciertamente no emana de la Constitución ni de la ley. Por el contrario, surge de un Acuerdo Político que el Gobierno incorporó en los considerandos del Decreto 1926 de 1990, mientras en la parte resolutiva -que es la que tiene verdadera fuerza vinculante en el campo del derecho- se prescinde de asignar competencia alguna a la Sala en materia consultiva o revisora.

Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 9 de octubre de 1990, en la cual procedió a la revisión constitucional del aludido Decreto 1926, declaró inexequible del artículo 2° de su parte resolutiva la frase que prescribía que la Asamblea Constitucional "actuará regulada por lo establecido en el acuerdo político incorporado al Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990", así como el siguiente texto: "Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo".

Por consiguiente, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, SE ABSTIENE, por falta de competencia, de revisar el proyecto de Reglamento de la Asamblea Constitucional elaborado por el Gobierno.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

LICITACION/ PLIEGO DE CONDICIONES/ ADJUDICACION DEL CONTRATO - Criterios

Entre el literal j), numeral 2 del artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983 y el inciso 2 del artículo 33 del mismo ordenamiento existe concordancia y nada nuevo establece el último en relación con el primero. Ningún objeto tendría señalar en el pliego de condiciones que los criterios para adjudicar serán el precio, plazo, cumplimiento, calidad, si de otra parte no se señala como serán valorados cada uno de esos elementos.

La inclusión de la ponderación de los criterios de evaluación de las propuestas en los pliegos de condiciones, no es facultativa de las entidades licitantes. Ello debe incluirse obligatoriamente.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta hecha por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sobre la interpretación de los artículos 30 y 33 del Decreto-Ley 222 de 1983. Radicación No. 079.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala la siguiente consulta:

FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

Se solicita el concepto de dicha Sala, relacionado con la interpretación de los artículos 30 y 33 del Decreto Ley 222 de 1983, en los términos indicados previa las siguientes consideraciones:

1.- El Artículo 30, numeral 2°, literal j, dispone:

"Artículo 30. De como se realiza la Licitación Pública.

...

2...

j) Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación..."

2.- El artículo 33, preceptúa lo siguiente:

"Artículo 33. De los criterios para la adjudicación.

La adjudicación deberá hacerse, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador o concursante cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso.

En la evaluación de las propuestas deberán tenerse en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación y las ponderaciones de esos criterios conforme a lo establecido en el pliego de condiciones correspondiente, con fundamento, entre otros en los siguientes factores: el precio, el plazo, la calidad, cumplimiento en contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes (se subraya).

En las licitaciones internacionales se tendrá en cuenta, además, la situación de la balanza comercial con el respectivo país con el objeto de buscar la reciprocidad comercial correspondiente.

Se tendrá en cuenta asimismo, la protección al trabajo y a la industria nacionales en los términos de este estatuto y la distribución equitativa de los contratos suscritos que se están tramitando o ejecutando en la entidad licitante.

La entidad contratante podrá hacer adjudicación parcial si de ello se derivan beneficios para la administración, siempre y cuando esta posibilidad hubiere sido prevista en el pliego de condiciones o términos de referencia, según el caso.

En igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio: en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios."

3. Respecto de la interpretación de las normas transcritas han surgido dos tesis:

La primera sostiene que la ponderación de los criterios de adjudicación debe establecerse en los pliegos, pues el artículo 33 contempla dos aspectos nítidamente diferenciales que confluyen a la escogencia del mejor postor, que es con quien

debe celebrarse el contrato. De un lado existen unos criterios o factores de adjudicación, que la propia norma enumera: precio, plazo, calidad, etc., los cuales constituyen la dimensión cualitativa del proceso licitario; y de otra parte, el precepto ordena que esos factores o criterios sean sometidos a una ponderación conforme a lo previsto en los pliegos, consistente ésta, necesariamente, en la determinación de valores numéricos, puntos o cualquier otro sistema de calificación para cada uno de los factores; la ponderación es la dimensión cuantitativa del proceso de selección. De esta manera, los aspectos cualitativos de la licitación se concatenan con los de orden cuantitativo o numérico para producir un resultado: la adjudicación. En suma, la ley contractual dispuso la coexistencia de los dos aspectos en el pliego de condiciones, de tal forma que la ausencia de uno de ellos trae como consecuencia la ineptitud del proceso de licitación. La falta del aspecto cualitativo (criterios o factores) impide la aplicación del aspecto cuantitativo (ponderación) y por ende no puede haber adjudicación; la falta del aspecto cuantitativo impide el análisis comparativo de las propuestas, que es un mandato legal, y deja la escogencia del adjudicatorio a la discreción absoluta de la administración.

La otra tesis afirma que en el pliego de condiciones sólo se deben incluir los 14 ordinales del numeral 2° del artículo 30 del Decreto 222 de 1983 y concluye que como la enumeración es taxativa, no es admisible exigir más requisitos de los que la ley ha señalado y, en consecuencia, que la ponderación de los criterios de adjudicación no es un requisito para la elaboración del pliego sino una potestad de la entidad contratante. Igualmente afirma que la ponderación de los criterios de adjudicación no puede exigirse cuando no se incluye en los pliegos, por sustracción de materia. Remata diciendo que como el artículo 30 es una norma permisiva, respecto de la inclusión o no de las ponderaciones en el pliego, mal puede sostenerse que al adoptar una u otra conducta constituye contravención del derecho público. Finalmente, indica que únicamente cuando la entidad contratante decide incluir las ponderaciones en el pliego éstas deben tenerse en cuenta en forma rigurosa.

Como puede observarse son tesis irreconciliables que ameritan un pronunciamiento del máximo cuerpo consultivo del Gobierno. Por consiguiente, se consulta:

1o. La inclusión de la ponderación de los criterios o factores de adjudicación en los pliegos de condiciones de las licitaciones públicas o privadas ¿es una exigencia legal o es facultativo de la entidad contratante?

2o. Si se concluye que es una exigencia legal, se pregunta ¿es posible subsanar la omisión de la ponderación en un pliego de condiciones, cuya licitación ha sido ya adjudicada?

3o. Si se concluye que es facultativo de la entidad contratante incluir la ponderación en los pliegos de condiciones y ella decide no hacerlo ¿con posterioridad al cierre de la licitación, puede la Administración ponderar los criterios de adjudicación?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

En la licitación tanto pública como privada es de máxima importancia el pliego de condiciones. Como que es la base fundamental sobre la cual el licitante invita a los oferentes a hacer sus propuestas y en el que se plasman por así decirlo, las reglas del juego que regirán para todos los proponentes y el licitante durante la licitación. Es de tal importancia el pliego de condiciones que la doctrina tradicionalmente lo ha denominado "Ley del contrato" (V. José R. Dromi, La Licitación Pública, Astreas, Buenos Aires, 2da. edición 1977, pág. 196).

El pliego de condiciones no sólo debe figurar una copia del contrato que se celebrará con el oferente favorecido, sino todas las condiciones que en una u otra forma inciden en la adjudicación, en orden a mantener la igualdad jurídica de los oferentes en el concurso. Así las cosas, el artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983 establece en forma minuciosa aquello que los pliegos de condiciones deberán contener en forma *expresa y completa*. En cuanto hace a los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación, es claro que deberá incluirse la forma de evaluación de tales criterios, la manera como se calificarán cada uno de los factores que globalmente integren la propuesta. Con este proceder se logra respetar el principio de igualdad jurídica de los proponentes, piedra fundamental del procedimiento de licitación. Los oferentes deben ser enterados de la forma como su propuesta va a ser evaluada para que no existan procedimientos secretos o acomodaticios que puedan inclinar la adjudicación en favor de uno u otro oferente, sino que por el contrario, la adjudicación se haga al proponente que presente la oferta más favorable, *previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo*, como bien lo expresa el artículo 33 del Estatuto contractual.

La evaluación de las propuestas no pueden ser cambiantes, ni mucho menos secreta. Debe ser conocida por todos los que quieren participar en la licitación; entre otras cosas debe dejarse bien clara la forma de evaluación o ponderación de los criterios de adjudicación en el pliego de condiciones, ya que ella puede ser determinante para la participación del oferente en la licitación. Si analizados los pliegos de condiciones por un eventual oferente llegare a la conclusión de que su oferta no sería de interés para el licitante, obviamente se abstendrá de participar evitando incurrir en todos los gastos por demás costosos, que genera una licitación pública.

El numeral 2°, literal j) del artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983 al señalar que el pliego de condiciones contendrá "Los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación" hace obviamente referencia dentro del término "CRITERIOS" no sólo a aquellos que tendrá en cuenta el licitante para evaluar la propuesta sino al valor o ponderación que a dichos criterios se les dará. De lo contrario nada estaría señalándose en el pliego de condiciones ya que lo que es determinante es la forma de evaluación o ponderación de tales criterios de adjudicación, por lo demás generales a toda licitación. Lo que si no es general a toda licitación es la forma como la administración va a ponderar, a evaluar, o estimar

cada uno de ellos acorde con la clase de contrato y los bienes y servicios a licitar y adjudicar. Resulta pues imperioso para la entidad contratante que en los pliegos de condiciones se señale el valor o ponderación que se le dará a cada uno de los criterios que serán tenidos en cuenta a efectos de estudiar y evaluar las distintas propuestas que se presenten en una licitación con miras a adjudicarla.

Debe pues concluirse que entre el literal J), numeral 2° del artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983 y el inciso 2° del artículo 33 del mismo ordenamiento existe concordancia y que nada nuevo establece el último en relación con el primero. Ningún objeto tendría señalar en el pliego de condiciones que los criterios para adjudicar serán el precio, plazo, cumplimiento, calidad, si de otra parte no se señala como serán valorados cada uno de esos elementos. Sería norma en blanco y vacía, y es principio de hermenéutica el preferir aquella interpretación de la norma que produce algún efecto a aquella que no produce nada.

Con base en las anteriores consideraciones se absuelven las preguntas formuladas en su orden:

1. La inclusión de la ponderación de los criterios de evaluación de las propuestas en los pliegos de condiciones, no es facultativa de las Entidades licitantes. Ello debe incluirse obligatoriamente, como se dejó expresado atrás.

2. En relación con el segundo interrogante debe tenerse en cuenta las siguientes hipótesis:

A.- Que la licitación aún no haya sido cerrada. En ese evento, la Entidad licitante mediante adendo de los pliegos de condiciones señalará la forma como se evaluarán los criterios de adjudicación.

B.- Que la licitación haya sido cerrada pero aún no se haya adjudicado. La Entidad licitante deberá hacer conocer de los oferentes y de quienes haya retirado pliegos de condiciones, el sistema de evaluación de los criterios de adjudicación.

C.- Que la licitación haya sido adjudicada. No obstante estar en firme el acto de adjudicación, la Entidad licitante está en la obligación de hacer pública la manera como se calificaron y evaluaron los criterios de adjudicación, a efectos de que tanto el oferente favorecido como los no favorecidos se enteren de los criterios de ponderación tenidos en cuenta y aplicados en la licitación para proceder a adjudicarla.

En la hipótesis B como en la C cualquier oferente o cualquiera de quienes hubieren retirado pliegos, pero no hubieren concursado debido a la omisión en la entidad licitante al no señalar los criterios de ponderación en la evaluación de las propuestas, tienen abiertas las acciones contenciosas que consideren pertinente.

En los anteriores términos se responde la consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Transcríbase en copia auténtica.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991), levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS - Empleados/ **CARRERA ADMINISTRATIVA/ EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO**

El artículo 3° del Decreto Ley 2400 de 1968 comprende a los Superintendentes entre los empleados que excepcionalmente son de libre nombramiento y remoción y, en cuanto a los demás empleados de las Superintendencias, los considera de carrera, según la regla general. Sin embargo, según el artículo 1° del Decreto Ley 3074 de 1968, "el gobierno podrá modificar el carácter de libre nombramiento y remoción o de carrera de determinados empleos, cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración, oído el concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación No. 060.

Se absuelve la consulta que la Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"El Decreto Ley 444 de marzo 22 de 1967 "sobre régimen de cambios Internacionales y de comercio exterior", creó la Superintendencia de Control de Cambios, estableciendo en su artículo 219 que "los funcionarios de Prefectura de Control de Cambios son de libre nombramiento y remoción y no pertenecen, por lo tanto, a la Carrera Administrativa...", quedando entonces en ese momento señalado el carácter de libre nombramiento y remoción de tales funcionarios.

"Ahora bien, con posterioridad a la anterior disposición se expidió el Decreto Ley 2400 de 1968 "por la cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", el cual estableció en su artículo 3°, la clasificación de los empleos de la Rama Ejecutiva, según su naturaleza y forma como deben ser provistos, dividiéndolos en empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa. El tenor literal de la norma es el siguiente:

"Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos se dividen en de libre nombramiento y remoción y de carrera.

"Son de libre nonbramiento y remoción las personas que desempeñan los empleos que señalan a continuación:

"a) Ministros del Despacho, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerio y Departamentos Administrativo y presidentes, gerentes o directores de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado;

"b) Los empleos correspondientes a la planta de personal de los Despachos de los funcionarios mencionados anteriormente;

"c) Los empleos de la Presidencia de la República;

"d) Los empleos del servicio exterior de conformidad con normas que regulan la carrera diplomática y consular;

"e) Los empleos de agentes secretos y detectives;

"f) Los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil cuya designación esté regulada por leyes especiales.

Son de carrera los demás empleos de la Rama Ejecutiva "...".

"Como puede observarse la referida Superintendencia no se encuentra excluida de la aplicación de tal disposición legal, por lo que, en principio, debería someterse a lo previsto en ella.

"Sin embargo, de acuerdo con reglas y principios generales de derecho y, especialmente, con lo señalado en el numeral 1 del artículo 5° de la Ley 57 de 1887 cuando dice "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general", podría pensarse que el Decreto Extraordinario 444 de 1967 se encuentra vigente y, por tanto, primaría sobre el Decreto Ley 2400 de 1868, por ser aquél especial y éste de carácter general, debiendo entonces aplicarse la disposición especial que señala que los funcionarios de Superintendencia de Control de Cambios son de libre nombramiento y remoción.

"En consecuencia, con base en los presupuestos anteriores se pregunta a esa Honorable Sala sobre la posibilidad de aplicar el criterio expuesto que clasifica a los funcionarios de tal Superintendencia como de libre nombramiento y remoción o, si en su defecto, debe considerarse a tal personal como de carrera administrativa, siguiendo los lineamientos trazados por el Decreto Ley 2400 de 1968".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o. Como se expresa en la comunicación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, según las reglas de interpretación de las Leyes las disposiciones especiales prevalecen sobre las generales posteriores. Pero, si una ley regula toda la materia, sustituye todas las normas especiales anteriores que le sean contrarias y sólo subsisten las que se exceptúen expresa y específicamente (Art. 3° de la Ley 153 de 1887).

2o. Los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 regulan todo relativo a "la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público" (Art.1° del Decreto Ley 2400 de 1968), con excepción "del personal civil del ramo de defensa" que "se regirá por normas especiales" (Art., 64 del Decreto Ley 2400 de 1968). De donde se deduce que los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 regulan, con la salvedad indicada, la administración de los empleados de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado. En consecuencia, el Art. 65 del Decreto Ley 2400 de 1968 derogó expresamente el Decreto Ley 1732 de 1960, excepto los Arts. 178 y 179 "y las disposiciones del mismo Decreto que hacen relación a los empleados del orden departamental municipal", y *además subrogó o modificó todas las normas legales anteriores que le fueran contrarias.*

3o. El Art. 219 del Decreto Ley 444 de 1967 disponía que "funcionarios de la Prefectura de Control de Cambios -actual Superintendencia de Control de Cambios, de conformidad con el Art. 1° del Decreto Ley 3185 de 1968- son de libre nombramiento y remoción y no pertenecen, por tanto, a la carrera administrativa".

Pero esta disposición fue modificada por el Art. 3° del Decreto Ley 2400 de 1968, que determina los empleos de libre nombramiento y remoción de la administración nacional, porque sólo incluye entre ellos *a los superintendentes, como el de control de cambios, y porque excluye de ese carácter todos los demás empleados de las superintendencias que son, por lo mismo, empleados de carrera.*

De manera que el Art. 3° del Decreto Ley 2400 de 1968 si comprende a los superintendentes entre los empleados que excepcionalmente son de libre nombramiento y remoción y, en cuanto a los demás empleados de las superintendencias, los considera de carrera, según la regla general.

Sin embargo, según el Art. 1° del Decreto Ley 3074 de 1968, "el gobierno podrá modificar el carácter de libre nombramiento y remoción o de carrera de determinados empleos, cuando así lo aconsejen las conveniencias de la administración, oído el concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado".

Trancríbase en sendas copias auténticas a los señores Jefes del Departamento Administrativo del Servicio Civil y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991), levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

PROGRAMA DE FORMACION POR CICLOS/ INSTITUCION TECNOLOGICA/ EDUCACION SUPERIOR

De la posibilidad descrita y atribuida expresamente a la institución intermedia profesional, y a la tecnológica, como de la atribución genérica del artículo 32 y de la referencia del artículo 28 del Decreto 80 de 1980, necesariamente infiere la Sala que los programas de formación mediante ciclos no son exclusivos de determinada modalidad educativa y que la disposición del artículo 33 las comprende a todas en lógica de sentido y armonía de alcance, sin pretexto válido para desatender su tenor literal.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., catorce (14) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta Radicación No. 065.

Previa reseña de las normas que estimó pertinentes, la señora Ministra de Educación Nacional, somete a la Sala la siguiente consulta:

"Al proyectar el Decreto Reglamentario sobre la formación universitaria por ciclos han surgido dos corrientes de opinión, así:

La una considera que la formación por ciclos es propia y exclusiva de la modalidad universitaria y que, por lo tanto, los programas organizados por ciclos no pueden ser adelantados en las otras modalidades educativas.

La otra afirma que los programas por ciclos no son exclusivos de la modalidad de formación universitaria, sino que son aplicables a las otras tres modalidades educativas.

El artículo 33 del Decreto Ley 80 de 1980, puede ser el que aclare la situación planteada.

Se solicita de la Honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta: La formación por ciclos del artículo 33 del Decreto Ley 80 de 1980 se refiere exclusivamente a los programas de formación universitaria o, por el contrario, él es aplicable a las cuatro modalidades educativas señaladas en el artículo 25 del mismo Decreto?

Cordialmente,

LILIAM SUAREZ MELO
Ministra de Educación Nacional".

CONSIDERACION Y RESPUESTA DE LA SALA

I. Los programas de formación para las profesiones universitarias, conforme al artículo 32 del D.E. 80 de 1980, "podrán organizarse mediante un currículo integrado o por ciclos, de tal manera que al término del primer ciclo el educando esté preparado para el ejercicio de una actividad tecnológica. Este ciclo conduce al título de Tecnólogo en la respectiva rama profesional. Para ingresar al segundo ciclo se requiere acreditar el título de tecnólogo en la respectiva área, demostrar haber laborado en el campo de su especialidad y cumplir los demás requisitos que establezcan los decretos reglamentarios. Este ciclo conduce al título de que trata el artículo 31".

II. El tipo o modalidad tecnológica de formación profesional universitaria, conforme al artículo 28 del Decreto en cita, permite desarrollar programas terminales y programas de especialización tecnológica.

Los primeros "preparan en forma completa para el ejercicio de una actividad tecnológica y conducen al título de tecnólogo en la rama correspondientes".

"Para ingresar a los programas terminales el aspirante tiene que acreditar su calidad de Bachiller o su equivalente y demostrar que posee los conocimientos, aptitudes, habilidades y destrezas que se establezcan como requisito".

"Estos programas permitirán la transferencia de estudiantes y egresados de la modalidad de formación intermedia profesional. (Artículo 29 *ibídem*).

III. "Los programas de especialización tecnológica permiten seguir un *segundo ciclo dentro* de una misma rama profesional con mayor énfasis en la fundamentación científica y conducen al título de tecnólogo especializado. Este título otorga derechos para el ejercicio profesional en la respectiva área de especialización". (Artículo 28 *ibídem*).

"Para cursar los programas de especialización tecnológica el aspirante debe acreditar el título de tecnólogo, demostrar haber laborado en el campo de su especialidad y cumplir los demás requisitos establecidos en los Decretos reglamentarios".

Además de los programas terminales en la modalidad educativa de formación tecnológica para adelantar los cuales están legalmente facultadas, y de los de especialización tecnológica, las instituciones tecnológicas pueden ser autorizadas también para adelantar programas de formación intermedia profesional (Art. 45 *ibídem*)".

La instituciones intermedias profesionales sólo pueden ser autorizadas para adelantar programas de dicha modalidad educativa y de educación media vocacional. (Art. 44 ibid.).

Mediante suscripción de convenios con instituciones universitarias autorizadas por el ICFES, las instituciones tecnológicas como las intermedias profesionales, pueden ofrecer, además, un primer ciclo de formación universitaria cuyos programas requieren autorización del ICFES y orientación de la respectiva institución universitaria (artículo 46 *ibídem*).

Las instituciones tecnológicas que realicen rigurosa actividad en el campo de la investigación, pueden ofrecer también, conjuntamente con Universidades y mediante convenio con éstas, programas de formación académica en la modalidad de formación avanzada (artículo 48 ibídem).

IV. Las instituciones universitarias están autorizadas por la Ley para adelantar programas de formación para las profesiones universitarias, programas de formación académica y programas de formación avanzada (artículos 32, 34, y 35 del D.E. 80 de 1980).Los programas de formación académica y que conducen a los títulos de Magister o de Doctor están reservadas a las Universidades.

Los programas de formación avanzada pueden ser de formación académica o de especialización.

Pueden además, conforme al artículo 46 ya citado :

a) Ofrecer previa autorización del ICFES, nuevos programas de formación tecnológica, mediante el sistema de ciclos de que tratan los artículos 32 y 33.

b) Suscribir convenios con instituciones intermedias profesionales o con instituciones tecnológicas para que éstas ofrezcan un primer ciclo de formación universitaria. La institución universitaria tendrá la obligación de la orientación académica del respectivo programa. Para su validez dichos convenios requieren la aprobación del ICFES.

c) Desarrollar previa autorización, "*programas de especialización* correspondientes a la modalidad de formación avanzada".

V. La facultad atribuida por el aparte b) del artículo 46 implica que una institución intermedia profesional o una tecnológica, pueda ofrecer un primer ciclo de formación universitaria, cuando suscriba convenio con una institución de tal carácter y el ICFES lo apruebe. Es el ciclo que conduce al título de tecnólogo en la respectiva rama profesional conforme al artículo 22.

Un segundo ciclo dentro de una misma rama profesional corresponde a programas de especialización tecnológica que el artículo 28 del Decreto 80 permite desarrollar a las instituciones tecnológicas y que conduce al título de tecnólogo especializado.

Acreditado éste y los requisitos que señalen las universidades, su poseedor puede ingresar a programas de formación académica, de que trata el artículo 35.

VI. De la posibilidad descrita y atribuida expresamente a la institución intermedia profesional, y a la tecnológica, como de la atribución genérica del artículo 32 y de la referencia del artículo 28 del Decreto 80, necesariamente infiere a la Sala que los programas de formación mediante ciclos no son exclusivos de determinada modalidad educativa y que la disposición del artículo 33 las comprende a todas en lógica de sentido y armonía de alcance, sin pretexto válido para desatender su tenor literal, de claridad meridiana:

"La formación para las profesiones mediante ciclos deberá fundamentarse en currículos que garanticen los propósitos de cada tipo de formación, hagan posible concatenación de los ciclos y permitan la transferencia de estudiantes entre instituciones, programas y tipos de formación".

Esa posibilidad, detectada con precisión en los antecedentes normativos de la consulta, cuyo orden de relación es suficiente a esta respuesta, es la que garantiza una formación profesional intermedia, tecnológica y universitaria acorde con los propósitos de cada una de estas modalidades y la única que permite, si el artículo 33 se aplica, transferencia de estudiantes entre las instituciones y los programas que éstas debidamente fundamenten. En el mismo sentido ha de aplicarse el Decreto Reglamentario No. 3191 de 1980 cuyo alcance genérico es obvio e idéntico el propósito.

En estos términos se estima absuelta la consulta del Ministerio de Educación Nacional, formulada por su anterior titular.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Con savamento de voto; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991), levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

PROGRAMAS DE FORMACION POR CICLOS/ INSTITUCION TECNOLOGICA/ EDUCACION SUPERIOR/ FORMACION UNIVERSITARIA - (Salvamento de voto)

Habiendo definido el artículo 30 del Decreto Ley 80 de 1980 que la formación universitaria comprende, como una de sus modalidades, la formación profesional, es claro e inequívoco que el artículo 33 *ibídem*, que se refiere a la "formación para las profesiones", no comprende las demás modalidades educativas contempladas por el artículo 25 *ibídem*, sino que se refiere exclusivamente a la formación universitaria. Ello debido a que las demás modalidades educativas de la enseñanza superior están específicamente reguladas por los artículos 26, 27, 28 y 29 inclusive del Decreto Ley 80 de 1980.

Estimo que la Sala debió absolver la consulta en el sentido de expresar que el artículo 33 del Decreto Ley 80 de 1980, cuyo alcance le solicitó precisar, sólo se refiere a la formación universitaria y no a las demás modalidades contempladas por el artículo 25 del mismo Decreto.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Bogotá, D.E., catorce (14) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

No comparto el concepto mayoritario, relativo a la interpretación del artículo 33 del Decreto Ley 80 de 1980, porque estimo que se refiere exclusivamente a la formación universitaria, que es la tercera modalidad de la enseñanza superior, según con los siguientes motivos:

lo. El artículo 25 del Decreto Ley 80 de 1980 determina las cuatro modalidades de la enseñanza superior a saber: formación intermedia profesional, formación tecnológica, formación universitaria y formación avanzada o de postgrado.

2o. El artículo 26 del Decreto Ley 80 de 1980 regula la formación intermedia profesional que conduce al título de técnico profesional intermedio "que habilita para el ejercicio de la respectiva actividad auxiliar o instrumental".

3o. Los artículos 27, 28 y 29 del Decreto Ley 80 de 1980 contemplan "la formación tecnológica, en las modalidades de programas terminales y de especialización tecnológica". El último de los programas indicados, según el Art. 28, inciso 3°, del mencionado decreto, comprende la posibilidad de adelantar "un segundo ciclo dentro de una misma rama profesional y permite obtener el título de tecnólogo especializado"

4o. Los artículos 30, 31, 32 y 33 del Decreto Ley 80 de 1980 se ocupan exclusivamente de la "formación universitaria" que se oriente en dos direcciones básicas: disciplinas académicas y profesiones liberales (Art. 30, inciso 3°, *ibídem*). La formación universitaria permite obtener el título correspondiente a una profesión o disciplina académica, en la forma que señala, por vía de ejemplo, el artículo 31, inciso 3°, del Decreto Ley 80 de 1980.

"Los programas de formación para las profesiones universitarias podrán organizarse mediante un currículo integrado o por ciclos"; en el último caso, podrá haber dos ciclos: uno primero que habilita para el ejercicio de una actividad tecnológica en la correspondiente rama profesional y otro complementario, sobre la base de haber obtenido en el primero el título de tecnólogo, que permite optar cualquiera de los títulos mencionados por el artículo 31: médico, cirujano, abogado, ingeniero, filósofo, contador, administrador, biólogo o licenciado en ciencias de la educación.

En este orden de ideas, el artículo 33 prescribe que "*La formación para las profesiones mediante ciclos*" (subrayo) debe fundarse en planes de estudio que comprendan los objetos de cada profesión, aseguren la coordinación entre ciclos y " permitan la transferencia de estudiantes entre instituciones, programas y tipos de formación".

De manera que habiendo definido el artículo 30 del Decreto Ley 80 de 1980 que la formación universitaria comprende, como una de sus modalidades, la formación profesional, *es claro e inequívoco que el artículo 33 ibídem, que se refiere a "la formación para las profesiones",no comprende las demás modalidades educativas contempladas por el artículo 25 ibídem, sino que se refiere exclusivamente a la formación universitaria. Ello debido a que la demás modalidades educativas de la enseñanza superior están específicamente reguladas por los artículos 26, 27, 28, y 29 inclusive del Decreto Ley 80 de 1980.*

En conclusión, estimo que la Sala debió absolver la consulta de la señora ministra de educación en el sentido de expresarle que el artículo 33 del Decreto Ley 80 de 1980, cuyo alcance lo solicitó precisar, sólo se refiere a la formación universitaria y no a las demás modalidades contempladas por el Art. 25 del mismo Decreto.

Humberto Mora Osejo.

Fecha ut supra.

PERSONAL DOCENTE/ PRESTACIONES SOCIALES/ CONGRESO - Facultades/ **NACIONALIZACION DE LA EDUCACION** - Efectos

La Asamblea de Antioquia carecía de competencia para crear la llamada "prima de vida cara". La Ley 43 de 1975 al nacionalizar la educación primaria y secundaria determinó igualmente el carácter de los empleados del sector docente como funcionarios públicos del orden nacional sujetos al régimen prestacional previsto para éstos.

En el caso sometido a consideración la norma aplicable es el Decreto Ley 0111 de 1986, por ser ésta la que regula el régimen salarial de los docentes nacionales y nacionalizados, y que establece la prima de alimentación.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., noviembre trece (13) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación No. 071.

La Doctora Ministra de Educación Nacional formula a la Sala la siguiente consulta:

FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

De la lectura cuidadosa de las Ordenanzas Nos. 34 de 1973, 33 de 1974 y 31 de 1975 relacionadas con la "prima de la vida cara", lo mismo que de la parte pertinente de algunos Anales de la Asamblea Departamental, se deducen algunas consecuencias que les deseo plantear a ustedes.

La cuestión que se plantea se refiere a la compatibilidad de la prima de la vida cara con la prima de alimentación, consagrada en el artículo 21 del Decreto No. 111 de 1986, en cantidad de $720,oo mensuales para el personal docente que devengue hasta $54.000,oo mensuales de sueldo básico.

De acuerdo al artículo 2° de la Ordenanza No. 31 de 1975, "la prima de la vida cara en la cuantía anual del ciento por ciento (100%) del salario básico mensual... será cubierta en dos cuotas iguales...".

En el año 1981 el 7 de enero, se expidió el Decreto Departamental 01 Bis que involucró todas las primas de los docentes; en él debió quedar involucrada la prima de la vida cara.

¿Como sabemos si está comprendida la alimentación en esa prima?

La única referencia la encontramos en el informe de comisión que dice textualmente:

"Señor Presidente y Honorables Diputados. La Comisión de Presupuesto rinde informe del proyecto de ordenanza por medio de la cual se modifican las Ordenanzas 34 de 1973 y 33 de 1974 y se dá una facultad; sin lugar a dudas, los servidores departamentales sin distinción de cargos y teniendo en cuenta la situación económica que en la actualidad se vive, afronta gastos en todos los órdenes para atender al sostenimiento de sus familias, en regiones vitales para su subsistencia tales como: *alimentación*, vivienda, vestuario y otros rubros necesarios para vivir en forma decorosa".

El proceso de nacionalización de la educación colombiana,entre sus finalidades, comprende establecer una misma escala de remuneración salarial y prestacional a nivel nacional. Antes de la expedición de la Ley 43 de 1975 existía diversidad de prestaciones "primas" que fueron creadas por los distintos entes territoriales mediante ordenanzas departamentales; cada departamento era libre de establecer salarios y primas para la cancelación del personal que prestaba sus servicios a la educación.

Configurado el proceso, siguió en cabeza del Jefe Administrativo Seccional la nominación de estos empleados, pero a nombre del Gobierno Nacional. No se puede entender que configurado el proceso de nacionalización, empleados que antes de la Ley 43 de 1975 eran departamentales, intendenciales o comisariales, sigan manteniendo este carácter para efectos de remuneración en lo que les conviene y aceptando ser empleados nacionales para otros efectos.

El Congreso de la República por mandato constitucional (artículo 76, ordinal 9°) es el único que puede modificar o asignar escalas de remuneración para los servidores nacionales. Sería contrario a la Constitución Nacional y a Ley aceptar que una asamblea pueda modificar los efectos de la misma.

Con base en las consideraciones anteriores, es la ley la que prima con respecto a la Ordenanza No. 31 (30 de noviembre) de 1975 del Departamento de Antioquia, por ser los empleados de carácter nacional; las Asambleas no pueden bajo ningún aspecto desarrollar competencias, que como en este caso no le han sido atribuidas por la Constitución Nacional y la ley; de aceptarse lo contrario cualquier pago que se haga sería inconstitucional.

Con base en lo anterior expuesto se pregunta:

¿Son compatibles o incompatibles las dos "primas" mencionadas en el escrito sometido a consideración de ustedes?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

Estima la Sala que la Consulta elevada debe estudiarse frente a las siguientes situaciones:

la. Facultad de las Asambleas para crear prestaciones sociales, y

2a. Nacionalización de la educación y sus efectos, en el ámbito prestacional.

la. ***Facultad de la Asamblea para crear prestaciones.***

El régimen prestacional en el orden Nacional es de origen legal de conformidad con la Constitución Nacional. En efecto, los artículos 62, 76, 9-10 hacen referencia en su orden al carácter legal del régimen jubilatorio, a la estructura de la administración nacional y al régimen salarial y prestacional de los empleados del orden nacional y a los otros aspectos del servicio público.

En cuanto al régimen departamental y municipal la Constitución no faculta a las Asambleas y Concejos para fijar prestaciones sociales, como sí, lo hace para determinar la estructura de la administración a nivel local y establecer el régimen salarial correspondiente a las distintas categorías de empleos (C. Nal. Art.187, ordinal 5° y 197, ordinal 3°).

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en sostener la falta de autonomía y capacidad de las Asambleas y Concejos para crear prestaciones sociales. En providencia de agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y tres Expediente No. 7718, con ponencia del Doctor Joaquín Vanín Tello, la Sección Segunda de la Sala Contenciosa expresó:

"...Conforme a los artículos 76, 187 y 197 de la Constitución Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden ejercer sino las funciones que les atribuya la Constitución y la Ley. Por lo mismo, en materia de regulación del servicio público del orden departamental y municipal, tales organismos no pueden ejercer funciones que no le estén atribuidas constitucional o legalmente y de ninguna manera invadir la órbita de facultades del legislador...

"Si bien es cierto que los artículos 187 y 197 de la Constitución Nacional confieren a las Asambleas departamentales y a los Concejos municipales facultades para regular la administración de las correspondientes entidades territoriales, las mismas normas disponen que aquéllas no pueden ser ejercidas sino dentro del marco establecido por la Constitución y la Ley. Ese marco, en cuanto a atribuciones de las Asambleas y Concejos, deja por fuera el régimen de las prestaciones sociales.

"Es evidente que tanto en el artículo 76 de la Constitución Nacional dispone que mediante las leyes, el Congreso ejerce la facultad de fijar, en el orden nacional, "Las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales" (atribución 9°), establecen los artículos 187 ordinal 5° y 197 -atribución 3°-, que compete a las Asambleas departamentales y a los Concejos municipales determinar la estructura de la administración departamental y de la municipal, respectivamente, lo mismo que "las facultades de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes las distintas categorías de empleos", sin mencionar lo relativo a las prestaciones sociales, que están comprendidas en los términos generales del numeral 10, del artículo 76.

"En suma las Asambleas departamentales y los Concejos municipales no pueden crear prestaciones sociales o establecer su régimen general ni siquiera en relación a los trabajadores oficiales, esto es, los vinculados a las respectivas entidades territoriales mediante contrato de trabajo..."

Reitera el anterior criterio jurisprudencial, el artículo 234 del Decreto Ley 1222 de 1986 al señalar que el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los departamentos, es el que establece la ley.

Queda claro que la Asamblea de Antioquia carecía de competencia para crear la llamada "prima de la vida cara", con base en las disposiciones constitucionales analizadas en la sentencia transcrita. Es más la Ley 43 de 1975 al nacionalizar la educación primaria y secundaria determinó igualmente el carácter de los empleados del sector docente como funcionarios públicos del orden nacional sujetos al régimen prestacional previsto para estos, como pasa a verse.

2a. ***Nacionalización de la educación y efectos en el ámbito prestacional.***

La Ley 43 de 1975 nacionalizó la educación primaria y secundaria asumiendo los gastos y costos sufragados hasta entonces por las entidades locales. Esta asunción de gastos, obviamente implica el cambio de régimen prestacional de los docentes al servicio de los departamentos, intendencias, comisarias y Distrito Especial de Bogotá, a quienes les sería aplicable un nuevo régimen prestacional. Sin embargo a pesar de haber sido facultado el Ejecutivo por la Ley 43 de 1975 (Art. 11 literal b) para expedir el régimen salarial y de prestaciones sociales de los docentes, desafortunadamente las facultades extraordinarias vencieron sin que se hubiera hecho uso de ellas. Significa esto, que ante la ausencia de norma especial los docentes nacionalizados quedaron sometidos al régimen prestacional de los docentes nacionales.

En efecto, es claro que a partir de la vigencia de la Ley, la Nación asumió el pago de las prestaciones sociales que se causaren con posterioridad a la nacionalización las cuales no podrían ser otras que aquellas que la Nación paga a sus docentes del orden nacional.

Corrobora lo anterior el artículo 2° de la Ley 43 de 1975 el cual al regular la forma de pago de las prestaciones sociales causadas hasta el momento de la nacionalización, permite no sólo deducir que a partir de tal momento las prestaciones serán canceladas por la Nación sino también que serán aquellas que la Ley ordena pagar a los docentes nacionales a falta de estatuto prestacional especial. Y es que se aplica el régimen de los docentes nacionales, por cuanto la nacionalización implica igualmente para la Nación el asumir el pago de salarios y de prestaciones sociales de quienes antiguamente eran empleados del orden Local. A partir de la Ley 43 dichos empleados docentes dejaron de pertenecer a los entes locales y pasaron a depender de la nación. El hecho de que no se haya expedido un estatuto prestacional docente no quiere decir que los nacionalizados estén desamparados en su régimen prestacional. A ellos se les debe aplicar, como ya se ha explicado, el que rige para los docentes del orden nacional por cuanto son empleados del orden nacional.

3a. ***Con base en las consideraciones anteriores se concluye:***

1o. La Asamblea Departamental de Antioquia carece de competencia para crear prestaciones legales como la llamada prima de la vida cara.

2o. A partir de la vigencia de la Ley 43 de 1975 a los docentes nacionalizados se les paga las prestaciones sociales, establecidas para los docentes del orden nacional.

3o. En el caso sometido a consideración de la Sala, la norma aplicable es el Decreto Ley 0111 de 1986, por ser esta la que regula el régimen salarial de los docentes nacionales y nacionalizados, y que establece la prima de alimentación.

En los anteriores términos SE ABSUELVE la consulta formulada por la señora Ministra de Educación Nacional.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991), levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

ISS/ FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL/ SUBSIDIO FAMILIAR/ APORTES PARAFISCALES

El artículo 38 del Decreto Ley 1653 de 1977 no tuvo vigencia en cuanto no fueron determinados por el Gobierno la forma y términos del aporte con destino a un fondo especial para el pago de subsidio familiar a los funcionarios de seguridad social. Determinados dichos forma y términos por la Ley 21 de 1982, su aplicación resulta prevalente, como regulación general de una prestación y de los aspectos inherentes a su reconocimiento y pago. En consecuencia, debe el ISS efectuar el pago de dicho aporte por conducto de una Caja de Compensación Familiar, en los términos previstos por el artículo 15 de la Ley 21 de 1982 y abstenerse de continuar pagando directamente, como lo viene haciendo, el aporte del 2% al SENA.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta Radicación No. 057.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social solicita a la Sala absolver la consulta que se transcribe textualmente:

"1o. La Ley 21 de 1982 "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones", en su Capítulo II, artículo 7°, numeral 3° y 15 señala entre los empleadores obligados a aportar para el Subsidio Familiar y para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), a los Establecimientos Públicos; naturaleza jurídica que ostenta el Instituto de Seguros Sociales por disposición expresa del artículo 47 del Decreto Ley 1650 de 1977.

2o. El artículo 9° de la Ley 21 de 1982 preceptúa que los empleadores señalados en sus artículos 7° y 8°, entre ellos el Instituto de Seguros Sociales como Establecimiento Público del orden nacional pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirá en la forma dispuesta por la citada ley.

3o. El artículo 12 de la precitada Ley 21 de 1982 estatuye que de los aportes a efectuar, entre otras entidades, por los Establecimientos Públicos del orden nacional, el 4% se destinará al pago del Subsidio Familiar y el 2% para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

4o. El artículo 15 de la Ley 21 de 1982, dispone que los empleadores obligados al pago de aportes para el Subsidio Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), deberán hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos Departamentos, Intendencias y Comisarías.

Así mismo, establece la citada norma que cuando en las entidades territoriales mencionadas no existe Caja de Compensación Familiar, los pagos se verificarán por intermedio de una que funcione en la división política territorial más cercana, exceptuando de lo anterior a los empleadores correspondientes al sector primario.

5o. El Decreto Ley 1653 de 1977, estatuto de carácter especial que regula el régimen prestacional específico y propio de los Funcionarios de Seguridad Social al servicio del Instituto de Seguros Sociales en su artículo 38, al tratar del subsidio familiar, estatuye: "El Instituto aportará una suma equivalente al cuatro por ciento de su nómina mensual de salarios, con destino a un fondo especial para el pago del subsidio familiar a los funcionarios de Seguridad Social, en la forma y términos que el Gobierno determine en el correspondiente Decreto reglamentario"; estatuto reglamentario que aún no se ha expedido.

6o. El Instituto de Seguros Sociales, con base en lo previsto en la disposición transcrita, viene cancelando en forma directa y únicamente en dinero, la totalidad del valor del subsidio familiar a los Funcionarios de Seguridad Social cuya remuneración mensual fija no exceda cuatro veces el salario mínimo legal.

De igual manera viene cancelándole el subsidio familiar a los Trabajadores Oficiales a su servicio, en desarrollo de lo pactado en las sucesivas Convenciones Colectivas de Trabajo celebradas con el Sindicato Nacional de Trabajadores que los representa.

Con base en los anteriores planteamientos, se solicita el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, sobre los siguientes puntos:

A. Fue derogado tácitamente por los artículos 15 y 93 de la Ley 21 de 1982, el artículo 38 del Decreto Ley 1653 de 1977, pese a su carácter de norma especial, en virtud a que consagra un régimen prestacional exclusivo para los funcionarios de Seguridad Social? Si es así, debe el Instituto de Seguros Sociales efectuar el pago del subsidio familiar a los citados funcionarios a través de las Cajas de Compensación Familiar en los términos previstos en la Ley 21 de 1982?

B. Tiene prelación lo dispuesto en la aludida Ley 21 de 1982 sobre lo pactado en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores que los representa? Si es así, el pago del subsidio familiar lo efectuaría el Instituto por conducto de las Cajas de Compensación Familiar, bajo las modalidades previstas en la Ley 21 de 1982?

C. En el supuesto de que el artículo 38 del Decreto Ley 1653 de 1977 no hubiere sido derogado por las disposiciones pertinentes de la Ley 21 de 1982, debe el Instituto seguir pagando, como lo viene haciendo, los aportes del 2% directamente al Servicio Nacional de Aprendisaje (SENA)?".

LA SALA CONSIDERA:

I. Al tenor del artículo 15 de la Ley 21 de 1982, "los empleadores obligados al pago del aportes para el subsidio familiar, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y los demás con destinación especial, según los artículos 7° y 8° *deberán* hacerlo por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios o de la Caja más próxima dentro de los límites de los respectivos departamentos, intendencias o comisarías".

Cuando en las entidades territoriales antes mencionadas no exista Caja de Compensación Familiar, los pagos se verificarán por intermedio de una que funcione en la división política territorial más cercana.

Se exceptúan de lo anterior los empleadores correspondientes al sector primario, respecto de los cuales se estará a lo dispuesto en el artículo 70.

"A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, los aportes de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), *podrán* ser girados directamente a dichas entidades, e igualmente los correspondientes a las Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, a la cuenta especial determinada por el Ministerio de Educación Nacional" (Artículo 16 *ibídem*).

"Los empleadores cuyas actividades sean la agricultura, la silvicultura, la ganadería, la pesca, la minería, la avicultura, o la apicultura, pagarán el subsidio

familiar por intermedio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero más cercana al domicilio de los trabajadores, o de la Caja de Compensación Familiar según la regulación General" (Artículo 69 *ibídem*).

"Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):

...

3o. "Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal" (Artículo 7° *ibídem*).

"Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación:

1o. El cuatro por ciento (4%) para proveer el pago de subsidio familiar.

2o. El dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) (Artículo 12 *ibídem*).

"El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rijan para dichas entidades pero los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se continuarán pagando de acuerdo con las normas generales". (Artículo 13 ibídem).

La misma Ley 21 de 1982 señala en su artículo 41 como función primordial de las Cajas de Compensación Familiar la de "recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las Escuelas Industriales y los Institutos Técnicos, en los términos y con las modalidades de la ley".

Deroga la ley, en su artículo 93, todas las disposiciones que le sean contrarias.

II. El Decreto Ley No. 1653 de 1977, "por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que presten sus servicios al Instituto de Seguros Sociales" otorgó derecho al subsidio familiar, pero la forma y términos de su reconocimiento los remitió a determinación posterior del Gobierno, según artículo 38 del siguiente tenor: "Del Subsidio Familiar. El Instituto aportará una suma equivalente al cuatro por ciento de su nómina mensual de salarios, con destino a un fondo especial para el pago de

subsidio familiar a los funcionarios de seguridad social, en la forma y términos que el Gobierno determine en el correspondiente decreto reglamentario" (Artículo 38).

No fue, precisamente, decreto del Gobierno, sino la Ley 21 de 1982, la que vino a determinar, en concordancia con la obligación de pagar el subsidio familiar impuesta a los establecimientos públicos del orden nacional, el término y cuantía del respectivo aporte y la destinación del cuatro por ciento (4%) para proveer su pago y del dos por ciento (2%) para el SENA (artículo 12); el conducto forzoso de una Caja de Compensación Familiar (artículo 15) so pena para el empleador no afiliado, de pago doble de prestación, sin perjuicio de las demás sanciones por extemporaneidad del pago (artículo 86); el límite de remuneración y jornada del trabajador beneficiario (artículo 20 y siguientes); personas a cargo del trabajador que dan derecho al subsidio (artículo 27), dentro de las condiciones señaladas en los artículos 25 y siguientes; naturaleza, en fin, de las Cajas de Compensación Familiar (artículo 39); funciones, dirección, distribución de aportes por ella recaudados, constitución de reserva legal, inversión en obras y programas sociales, límite de afiliados y destinación exclusiva a sus trabajadores de servicios sociales distintos de los de mercadeo y recreación social que se organicen a partir de la vigencia de la ley.

Tan amplia y trascendente regulación comprende al Instituto de Seguros Sociales, como establecimiento público del orden nacional y a los funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales del mismo instituto, cuyo derecho a subsidio familiar mal puede depender ciertamente, de la escueta previsión del artículo 38 del Decreto Ley 1653 de 1977, ni la posibilidad de su reconocimiento, de forma y términos distintos de los determinados por la Ley 21 de 1982.

Basta considerar que las únicas excepciones que consagra el régimen de subsidio familiar establecido por tal ley, son las previstas por sus artículos 13 y 15, de tal manera que hoy sólo el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continúan pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades, pero los aportes al SENA y los demás con destinación especial deben hacerse de acuerdo con las normas generales, o sea, según los imperativos mandatos del artículo 7° de la Ley 21 de 1982.

También los aportes de la Nación y las entidades territoriales al SENA y a la ESAP pueden ser girados directamente a estas entidades, pero los de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, en todos los órdenes, *deben* hacerse por conducto de una Caja de Compensación Familiar.

Es facultativo para los empleadores del sector agroindustrial seguir pagando el subsidio familiar a través de una Caja de Compensación, según la regulación general e imperativo para los empleadores correspondientes al sector primario, hacer dicho pago por intermedio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y

Minero más cercano al domicilio de los trabajadores, o de una Caja de Compensación Familiar según la regulación general (artículo 69 de la Ley 21 de 1982).

Precisados, pues, los términos de una regulación, que más general no puede concebirse, y los de las excepciones por ella establecidas, resulta claro que a estas no cabe asimilar, como excepción vigente, la previsión del artículo 38 del Decreto 1653 de 1977.

Tal previsión no ha impedido hasta ahora el reconocimiento y pago del subsidio familiar a los funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales, en la forma y términos previstos por la Ley 21 de 1982, salvo en cuanto al conducto de la Caja de Compensación Familiar. Pero si resulta imperativo usarlo en los términos de esta Ley, no resulta lógico prescindir del mismo cuando necesariamente las demás formas y términos de la regulación se observan y ninguno distinto aparece o puede determinarse con base en el artículo 38 del Decreto 1653 y frente a los ahora determinados por tal ley.

La interpretación restrictiva de toda excepción impone, además, deslindar la naturaleza propia de la misma, verificar la forma que permita sustentar su vigencia e impide asimilar a los extremos que realmente la sustenten, otros distintos, no previstos por la norma. De ahí la conclusión de que el artículo citado no constituye norma de excepción respecto al régimen del subsidio familiar porque nunca tuvo desarrollo y la de que la aplicación integral de este, en cuanto al Instituto de Seguros Sociales, implica el pago del respectivo aporte por conducto de una Caja de Compensación Familiar, y con prelación frente a pactos suscritos entre aquel instituto y el sindicato nacional de trabajadores que los representa.

De conformidad con el artículo 3°, inciso último del Decreto 1651 de 1977 "los funcionarios de 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*". (Subraya la Sala).

Y de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1652 de 1977 "*para el solo efecto de modificar las asignaciones básicas* señaladas para los cargos del instituto, éste podrá celebrar colectivamente convenciones con los sindicatos y asociaciones gremiales que representen a sus funcionarios". (Subraya la Sala).

De otra parte, con la regulación legal del subsidio familiar pueden concurrir los factores provenientes de regulaciones convencionales determinadas por la naturaleza del vínculo laboral existente entre la administración y los trabajadores oficiales. Tal concurrencia deriva del mismo Código Sustantivo del Trabajo al vincular jurídicamente los derechos laborales de los trabajadores oficiales a la libertad de asociación sindical en los siguientes términos:

"Art. 416. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los

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

Esta remisión al derecho colectivo del trabajo determina que normas como *la del artículo 20 de la Ley 21 de 1982* se apliquen con el carácter de garantías mínimas a los trabajadores oficiales y sin perjuicio de lo que solamente para ellos establezca las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia (Cf., artículo 3° D. 1045 de 1978, artículo 7° Decreto 1848 de 1969, numeral 2°).

Pero la aplicación del artículo 15 de la misma Ley 21 es autónoma y con ella no pueden concurrir regulaciones provenientes de pactos colectivos, de tal manera que el pago del aporte destinado al subsidio familiar por conducto de una Caja de Compensación Familiar es función obligatoria para el Instituto de Seguros Sociales cuyo cumplimiento no puede quedar condicionado por cláusula convencional alguna.

Con fundamento en lo expuesto, responde la Sala la cuestión propuesta por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social:

El artículo 38 del D.L. 1653 de 1977 no tuvo vigencia en cuanto no fueron determinados por el Gobierno la forma y términos del aporte con destino a un fondo especial para el pago de subsidio familiar a los funcionarios de Seguridad Social. Determinados dichos forma y términos por la Ley 21 de 1982, su aplicación resulta prevalente, como regulación general de una prestación y de los aspectos inherentes a su reconocimiento y pago. En consecuencia debe el Instituto de Seguros Sociales efectuar el pago de dicho aporte por conducto de una Caja de Compensación Familiar, en los términos previstos por el artículo 15 de la Ley 21 de 1982 y abstenerse de continuar pagando directamente como lo viene haciendo, el aporte del 2% al Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

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

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991). Levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

PRESUPUESTO NACIONAL - Objeciones/ **LEY DE PRESUPUESTO** - Trámite/ **EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Si terminada la legislatura, el Congreso no ha expedido el presupuesto nacional, se estará ante el caso previsto en el artículo 209 de la Constitución Nacional, y regirá el presupuesto presentado por el Gobierno en los primeros diez días de las sesiones ordinarias del mes de julio (plazo establecido por el artículo 208 de la Carta). Y si el proyecto de presupuesto no hubiere sido presentado dentro del plazo acabado de mencionar, regirá el del año anterior, aunque el Gobierno podrá reducir gastos y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., diciembre quince (15) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre las consecuencias de la falta de pronunciamiento del Congreso sobre las objeciones a los proyectos de presupuesto. Radicación No. 088.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público ha formulado una consulta en los siguientes términos:

"El Gobierno Nacional ha objetado por razones de inconstitucionalidad los proyectos de Presupuesto Nacional y de Establecimientos Públicos votados por las Cámaras y sometidos a sanción presidencial. Con el fin de que la Sala tenga conocimiento directo de los móviles de esta actuación del Gobierno, adjunto fotocopia del correspondiente mensaje dirigido al Congreso por el Presidente y el suscrito Ministro el pasado 5 de diciembre. Aún cuando el Gobierno confía en

que antes del receso legislativo el Congreso haya decidido sobre tales objeciones, podría ocurrir que el cúmulo de importantes asuntos que ocupan su atención en la actualidad lo impida. Anticipándose a esa eventual ocurrencia, el Gobierno desea conocer el criterio del Consejo de Estado sobre la conducta que deba seguir.

Por consiguiente, en el supuesto de que el Congreso no resuelva sobre las objeciones antes de la conclusión de la actual legislatura, ¿cuáles presupuestos regirán a partir del 1o. de enero de 1987?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

El señor Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 118, numeral 7° de la Carta, objetó por inconstitucionales los proyectos de Ley relativos al "presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1987", y al "presupuesto de rentas, recursos y de gastos de los establecimientos públicos nacionales" para el mismo año.

La razón de las objeciones es el hecho de que, a juicio del Gobierno, no se dio cumplimiento al artículo 82 de la Constitución Nacional para la aprobación en el Senado de los mencionados proyectos de ley, pues la sesión de esa Corporación en la cual aparecen aprobados, no se realizó con el *quorum* requerido.

En virtud de la objeción, los dos proyectos de Ley en cuestión han regresado al Congreso para que allí se les dé el trámite correspondiente; y se pregunta el Gobierno; ¿Si el Congreso no resuelve sobre las objeciones antes de la conclusión de la actual legislatura, cuáles presupuestos regirán a partir del 1o. de enero de 1987?

Veamos:

El artículo 210 de la Constitución establece como una de las obligaciones del Congreso expedir, *en cada legislatura* y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley normativa (Decreto Ley 294 de 1973) el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones.

De modo que si terminada la legislatura, el Congreso no ha expedido el presupuesto nacional, se estará ante el caso previsto en el artículo 209 de la Constitución, y regirá el presupuesto presentado por el Gobierno en los primeros diez días de las sesiones ordinarias del mes de julio (plazo establecido por el artículo 208 de la Carta). Y si el proyecto de presupuesto no hubiere sido presentado dentro del plazo acabado de mencionar, regirá el del año anterior, aunque el Gobierno podrá reducir gastos y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.

Pues bien, sí, en la hipótesis planteada en la consulta, el Congreso no resolviera sobre las objeciones antes de la conclusión de la actual legislatura, eso significaría que el Congreso no habría expedido la ley de presupuesto en esta legislatura, puesto que un proyecto de ley objetado no es todavía ley (artículo 81 de la Constitución) y, por consiguiente, habría precluido el término dentro del cual puede la rama legislativa expedir el presupuesto nacional. En tal evento, sería aplicable la disposición del artículo 209 de la Constitución, antes citado, y por consiguiente regiría el proyecto presentado por el Gobierno; de acuerdo con los artículos 57 y 74 del Decreto Ley 294 de 1973, dentro de los diez días siguientes a la clausura de las sesiones ordinarias del Congreso, el Gobierno debería expedir el decreto correspondiente.

La Sala quiere hacer notar que aunque el artículo 74 del Decreto Ley 294 de 1973 dice que el decreto de liquidación comprenderá el Proyecto de Presupuesto General de la Nación, tal como fue presentado al Congreso, más las reformas al mismo proyecto que hubiesen sido aprobadas por la reunión conjunta de las Comisiones de Presupuesto de ambas Cámaras con el consentimiento del Gobierno, la segunda parte del mencionado artículo es inconstitucional y en caso necesario le debe ser aplicada la excepción de inconstitucionalidad, pues agrega una exigencia no prevista en el artículo 209 de la Constitución, el cual simplemente dispone que cuando el Congreso no expidiere el presupuesto, regirá el presentado por el Gobierno dentro de los diez primeros días de las sesiones ordinarias de julio o el del año anterior en el caso de que no se hubiera presentado dentro de dicho plazo.

Lo mismo ocurre en relación al presupuesto de los Establecimientos Públicos: sí el proyecto correspondiente fue oportunamente presentado antes del 10 de septiembre (artículo 19 del Decreto Ley 294 de 1973) y pasada la media noche del 20 de noviembre del año respectivo, el Congreso no ha expedido dicho presupuesto, regirá el proyecto presentado por el Gobierno. Y si el proyecto no fue presentado dentro del plazo aludido, regirá el del año anterior.

Las anteriores consideraciones permiten a la Sala responder a la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en el siguiente sentido:

1. Si antes de la conclusión de la actual legislatura no resuelve el Congreso sobre las objeciones formuladas por el Gobierno Nacional a los proyectos de ley sobre presupuesto nacional y sobre presupuesto de los establecimientos públicos, a partir del 1o. de enero de 1987 regirán los proyectos presentados oportunamente por el Gobierno. Y en caso de que tales proyectos no hubiesen sido presentados dentro de los plazos señalados al efecto, regirán los presupuestos del año anterior.

2. Aún aceptadas las objeciones por parte del Congreso, si los presupuestos no fueron expedidos conforme a la Constitución y dentro de los plazos legales, igualmente, a partir del lo. de enero de 1987 regirán los proyectos oportunamente presentados por el Gobierno, de conformidad con el artículo 209 de la Constitu-

ción, o los del año anterior si el Gobierno no los hubiere presentado dentro de la oportunidad constitucional y legal.

Transcríbase en copia auténtica.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991). Levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

EJERCICIO DE PROFESIONES/ EDUCACION SUPERIOR/ SECRETARIADO/ AUTONOMIA UNIVERSITARIA

El desarrollo de programas de secretariado en la modalidad de formación tecnológica no está exclusivamente atribuida a los Colegios Mayores, sino también a instituciones tecnológicas oficiales o no oficiales.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: No. 077.

En oficio No. 1814, la señora Ministra de Educación Nacional, solicita a la Sala su concepto sobre la consulta que se transcribe textualmente:

"El artículo 1° de la Ley 9a. de 1984, "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión del Secretariado", dispone:

"Reglaméntase el ejercicio de la profesión del Secretariado en las áreas Comercial y Bilingüe en las modalidades de formación intermedia profesional y en la modalidad tecnológica en los colegios mayores".

El artículo 15 de la misma ley preceptúa:

"Las instituciones de educación superior oficiales y no oficiales reconocidas por el gobierno nacional están facultadas para desarrollar programas de las modalidades de técnico profesional intermedio y tecnólogo en el área comercial bilingüe de conformidad con las normas vigentes".

PARAGRAFO.- Las instituciones tecnológicas debidamente aprobadas, que funcionen en aquellas en donde no operen instituciones de formación intermedia profesional, quedan facultadas para desarrollar el programa del secretariado".

Al aplicar la Ley 9a. de 1984, han surgido dos opiniones en relación con la interpretación de las dos normas transcritas.

Para unos, las funciones propias del secretariado requieren de una formación "predominantemente práctica para el ejercicio de actividades auxiliares o instrumentales concretas" correspondientes, por lo cual la Ley 9a. de 1984 estableció como regla que los programas de Secretariado se adelanten en la modalidad de FORMACION INTERMEDIA PROFESIONAL a que se refiere el artículo 26 del Decreto Ley 80 de 1980.

Esta misma corriente de interpretación considera que el artículo 1° de la Ley 9a. de 1984 consagró una excepción, al establecer que los COLEGIOS MAYORES pueden ofrecer programas de formación en Secretariado en la MODALIDAD TECNOLOGICA, para amparar con ella los programas tecnológicos en Secretariado que, al entrar en vigencia la Ley (22 de febrero de 1984, fecha de su publicación en el Diario Oficial), venían ofreciendo tres de los cuatro colegios mayores existentes en Colombia.

Para otros, en cambio, no existe excepción alguna en la ley y, en consecuencia, los programas de Secretariado pueden ser adelantados indistintamente en la modalidad de formación intermedia profesional o en la modalidad tecnológica, aunque para el último caso las instituciones que los ofrezcan sean diferentes a los colegios mayores.

Se solicita de la Honorable Corporación se sirva absolver la siguiente consulta:

> "¿Sólo los colegios mayores pueden ofrecer programas de Secretariado en la modalidad de formación tecnológica? O instituciones de educación superior que no sean colegios mayores pueden también ofrecer programas de Secretariado en la modalidad de formación tecnológica?".

Como las instituciones de educación superior se rigen por las normas del Decreto Extraordinaro 80 de 1980 y las privadas, además, por las normas que regulan las instituciones de utilidad común, importa precisar cuáles de aquellas resultan pertinentes puesto que el artículo 15 de la Ley 9a. de 1984, cuya aplicación se cuestiona, autoriza el desarrollo de programas en el área comercial bilingüe del Secretariado "de conformidad con las normas vigentes".

Conforme al artículo 44 del Decreto en cita las instituciones intermedias profesionales solamente podrán ser autorizadas para adelantar programas en la modalidad correspondiente a su carácter académico y programas de educación media vocacional.

Las instituciones tecnológicas, facultades, por definición, para adelantar programas terminales en la modalidad educativa de formación tecnológica, pueden ser autorizadas para adelantar programas de especialización tecnológica y programas de formación intermedia profesional (artículo 45 *ibídem*).

Las instituciones universitarias, autorizadas legalmente para adelantar programas en la modalidad de formación universitaria, pueden ofrecer, además, nuevos programas de formación tecnológica y "suscribir convenios con instituciones intermedias profesionales o con instituciones tecnológicas para que estas ofrezcan un primer ciclo de formación universitaria. La institución universitaria tendrá la obligación de la orientación académica del respectivo programa" (artículo 46 *ibídem*, apartes a) y b)).

Los colegios mayores, como dependencias del Ministerio de Educación Nacional, con el carácter de unidades administrativas especiales en los términos del Decreto Extraordinario 83 de 1980, o como instituciones oficiales que no pertenecen estructuralmente al sistema de educación post-secundaria organizado por el Decreto 80, sujetan sus programas a las normas pertinentes del mismo, por disposición del artículo 132 y a la aprobación de sus Consejos Directivos los que proponga el Comité Académico. (D.E. No. 83 de 1980, artículo 4°, aparte c).

La Ley 9a. de 1984, reglamentaria del ejercicio de la profesión del Secretariado, parte del supuesto correspondiente a las modalidades en que la formación profesional se imparte: intermedia profesional y tecnológica en los Colegios Mayores. Pero específicamente faculta a las instituciones de educación superior oficiales y no oficiales, reconocidas por el Gobierno Nacional para desarrollar programas de las modalidades de técnico profesional intermedio y tecnólogo en el área comercial y bilingüe del Secretariado.

Donde no operan instituciones de formación intermedia profesional, quedan facultadas las instituciones tecnológicas para desarrollar el programa del Secretariado.

No sólo, pues, tangencialmente, aparecen previstas en el artículo 1°.de la Ley 9a. la modalidad de formación intermedia profesional y la tecnológica en los Colegios Mayores, como las correspondientes al Secretariado comercial y bilingüe, sino que, expresamente el artículo 15, faculta a las instituciones de educación superior para desarrollar programas en dichas modalidades, que conducen al título de técnico profesional intermedio y al de tecnólogo. Luego el matiz restrictivo, aducido con base en el artículo 1°, resulta aparente ante el contenido dispositivo expreso del artículo 15, cuya aplicación en armonía con las disposiciones del D.E. 80, implica el desarrollo de programas de Secretariado por parte de instituciones intermedias profesionales en dicha modalidad de formación, o por instituciones tecnológicas en la modalidad correspondiente a su carácter y en la de formación intermedia profesional, además de los programas que autoriza la misma ley y deben adelantar los Colegios Mayores a propuestas de su Comité Académico y con aprobación de su Consejo Directivo.

Tiene, por tanto, esta Sala fundamento bastante, para responder a la señora Ministra de Educación Nacional que el desarrollo de programa de Secretariado en la modalidad de formación tecnológica no está exclusivamente atribuído a los Colegios Mayores. sino también a instituciones tecnológicas oficiales o no oficiales, por disposición del artículo 15 de la Ley 9a. de 1984.

En estos términos se absuelve la consulta de la referencia.

Transcríbase en copia auténtica.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991), levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

ESCALAFON DOCENTE/ LICENCIATURA/ PRESUNCION DE LEGALIDAD

Está cuestionándose la procedencia de escalafonar en el grado siete al egresado de determinado programa, cuyos objetivos, justificación, contenido, descripción, recursos y demás aspectos requeridos, pudo evaluar el Icfes dentro del año anterior a su pronunciamiento. Y se cuestiona el título propuesto como culminación del programa, en cuanto fue otorgado por una facultad diferente a la de Ciencias de la Educación, cuyo rector o representante legal debió pedir la aprobación del programa. Tal cuestionamiento no tiene solución diferente de la que dé una acción que impugne el correspondiente acto administrativo para todos los efectos, con base en los motivos que puedan invocarse al tenor del artículo 84 del C.C.A. en armonía con el 149. Pero mientras se inicia y adelanta la referida acción no puede la propia administración discriminar la denominación de un título de "Licenciado en ciencias de la educación", por razón de la facultad que le otorgó, a quien ahora invoque con base a dicho título, su derecho a escalafón, en el grado que le corresponde. La presunción de validez cobija la denominación del título, como el acto administrativo de su otorgamiento y sólo puede desvirtuarla la jurisdicción, cuando se acude a ella en demanda de nulidad.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: No. 061.

En Oficio No. 1414, la Ministra de Educación Nacional pide a la Sala su concepto sobre la consulta formulada en relación con el régimen de escalafón

contenido en el Decreto Extraordinario 2277 de 1979 y que se transcribe a continuación:

"Consideraciones previas:

1o. La Ley 24 de 1976 reglamentó el ejercicio de la profesión de Licenciado en Ciencias de la Educación, norma que entre otras cosas, dispuso lo siguiente:

"ARTICULO 1o. El ejercicio de la profesión de Licenciado en Ciencias de la Educación en sus diferentes especialidades, se regirá por las prescripciones de la presente Ley y demás disposiciones que la reglamenten.

ARTICULO 2o. Los Licenciados graduados en cualesquiera de las especialidades en las Facultades de Educación, debidamente aprobadas por el Gobierno Nacional, dada la esencia de sus estudios, son profesionales de la docencia.

ARTICULO 3o. La denominación de licenciado en el campo de la docencia de nivel medio y superior, en cualquiera de las especialidades, queda reservada exclusivamente a los profesionales en Ciencias de la Educación a quienes se refiere esta Ley.

ARTICULO 4o. En adelante nadie podrá ser inscrito como Licenciado en Ciencias de la Educación, si no posee el título académico correspondiente, otorgado por una Universidad reconocida legalmente...

ARTICULO 5o. Se considera usurpación de títulos a que se refiere esta ley el empleo del título de Licenciado por personas que no lo posean...".

2o. Con posterioridad fue expedido el Estatuto del Personal Docente contenido en el Decreto Extraordinario 128 de 1977, el cual fue derogado expresamente por el Decreto-Ley 2277 de 1979 mediante el cual se adoptaron "normas sobre el ejercicio de la profesión docente". Esta norma dispuso en su artículo 1° lo siguiente:

"El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los mismos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales."

3o. l (sic) mismo decreto en su artículo 8° preceptúa:

"Se entiende por escalafón docente el sistema de clasificación de los educadores de acuerdo con su preparación académica y experiencia docente y méritos reconocidos.

La inscripción en dicho Escalafón habilita al educador para ejercer los cargos de la Carrera Docente."

4o. El Decreto 2277 organiza el escalafón en catorce grados en orden ascendente, del 1 al 14.

De conformidad con el artículo 9°, mientras las personas con título de Licenciado en Ciencias de la Educación, por el solo hecho de tenerlo, ingresan al grado 7, quienes poseen título profesional universitario diferente al de Licenciado en Ciencias de la Educación, por ejemplo Licenciado en Sociología, Licenciado en Trabajo Social, Abogado, Ingeniero, Economista, etc., ingresa al grado 6. Es decir, que el estatuto tiene en cuenta si el profesional ha sido o no formado para la docencia.

5o. Con anterioridad a la vigencia del Decreto Extraordinario 80 de 1980, que organizó el Sistema de Educación Post-secundaria, para referirse a profesionales de la educación era preciso hablar de "Licenciados en ciencias de la Educación", pues había otros Licenciados no formados para la actividad docente, como los Licenciados en Psciología, en Trabajo Social, en Antropología, etc. Empero, en virtud del artículo 31 del Decreto 80 y del artículo 3° del Decreto 2725 del mismo año, que al reglamentario fijó la nomenclatura de los títulos que se pueden otorgar en educación superior, el título de "Licenciado" quedó reservado a quienes han recibido una formación universitaria para ejercer la actividad docente, de tal manera que al referirnos a licenciados que han obtenido su título con posterioridad a la vigencia del Decreto 80, estamos hablando necesariamente de un profesional de la docencia.

6. De conformidad con los artículos 174 del Decreto 80 y 2° del 2725 ya citados, la competencia para expedir los títulos corresponde a las instituciones de educación superior, quienes lo hacen "en nombre de la República de Colombia y por autorización del Ministerio de Educación Nacional".

Hechas las anteriores consideraciones, me permito consultar: si una institución de educación superior, en ejercicio de la autonomía que le confiere el artículo 18 del mencionado Decreto 80 y con la correspondiente autorización o aprobación de las autoridades competentes, opta por asignar la administración de un programa conducente al título de Licenciado a una facultad diferente a la Ciencias de la Educación, los egresados de dicho programa por el solo hecho de no haber adelantado sus estudios profesionales para docente en la Facultad de Ciencias de la Educación, no pueden ser escalafonados en el mismo grado en que lo son los otros Licenciados de la misma Universidad?".

SE CONSIDERA:

Es presupuesto básico de la expedición del título de Licenciado en Ciencias de la Educación que la respectiva Facultad lo expida en ejercicio de una atribución

legal inequívoca y obvia, derivada a su vez de la naturaleza de programas y prospectos académicos propios, como de los términos de su aprobación o autorización para ofrecerlos y adelantarlos.

La autonomía de una institución de educación superior se ejerce dentro de la órbita de su competencia y los límites de la autorización que reciba, de tal manera que su funcionamiento está condicionado para asignar la administración de un programa conducente al título de Licenciado solamente a una Facultad de Ciencias de la Educación, única idónea para otorgarlo. Es obvio que la autorización está reservada a la institución cuyo programa se avenga y coordine con los lineamientos generales del sistema educativo y no puede basarse en motivos que los desconozcan o contravengan, aducidos por parte de la autoridad encargada de aplicarlos. Una opción, pues, de institución de educación superior, adoptada al margen de sus atribuciones u órbita de competencia y fuera de los límites impuestos a su funcionamiento por la autorización original, no puede ser objeto de aprobación por autoridad alguna, porque implicaría igual extralimitación de competencia y desvío de los fines determinantes de su ejercicio.

Así lo infiere la Sala del conjunto estructural de principios, criterios y definiciones que, en función de los fines de la educación superior, integra el Decreto Extraordinario No. 80 de 1980, bajo la dirección del Gobierno Nacional, sin perjuicio de la autonomía de las instituciones de educación superior para desarrollar sus programas académicos, designar su personal, admitir a sus alumnos, disponer de sus recursos y darse su organización y gobierno (artículo 18, *ibídem*).

La acción armónica de las instituciones educativas con las autoridades encargadas de la orientación y vigilancia del sistema de educación superior; la realización plena de las funciones que le competen y la garantía de que sus programas cumplan los requisitos mínimos académicos, científicos y administrativos en sus diferentes niveles y modalidades, se procuran mediante el reconocimiento institucional de la entidad que tenga aprobados al menos tres programas de formación universitaria en diferentes áreas del conocimiento y mediante el señalamiento de requisitos, referidos especificamente a la creación de la entidad, si es oficial, a su organización, régimen administrativo, personal docente y personal administrativo. El acto de creación debe contener, específicamente, los objetivos, funciones y modalidades educativas en que podrá desempeñarse (artículo 55, aparte c).

Las instituciones no oficiales se someten a la permanente inspección y vigilancia del Estado y pueden ser sancionadas cuando incumplen las normas legales o sus propios estatutos (artículo 142 *ibídem*); su carácter de institución de educación superior es el factor determinante de competencia para el reconocimiento de su personería jurídica.

Como mínimo del contenido de sus normas estatutarias, impone el artículo 145 del Decreto 80, en su aparte d), la indicación de los objetivos, funciones, modalidades educativas y área de conocimiento en que puede desempeñarse la institución.

En la institución no oficial de educación superior que no ajuste sus programas a las disposiciones del Decreto en cita no puede autorizarse el funcionamiento de nuevos programas, dar aprobación a los existentes, ni prorrogar autorizaciones anteriores. "Ninguna entidad podrá ofrecer ni iniciar programas en las modalidades de educación superior de que trata el artículo 25 del Decreto Extraordinario 80 de 1980, sin antes haber obtenido el reconocimiento de su personería jurídica y la licencia de funcionamiento para cada uno de ellos" (Art. 2° D. 2799/80).

Es función del Consejo Académico revisar y adoptar los programas docentes al tenor de las normas legales (artículo 64, aparte b) y del Consejo Superior aprobar su creación, suspensión o supresión de acuerdo con dichas normas (artículo 59), aparte b).

Es función del ICFES la de decidir sobre las solicitudes de licencias de funcionamiento o de aprobación de todos los programas de Educación Superior y suspenderlas o cancelarlas de acuerdo con las disposiciones legales (artículo 2° del D. 80 de 1980).

Y a la Junta Directiva del ICFES está asignada la función de determinar, con la aprobación del Gobierno Nacional, los requisitos mínimos para la creación y funcionamiento de los programas de educación superior así como los contenidos mínimos de los mismos (artículo 6° *ibíd.*).

Como disposiciones comunes a las instituciones oficiales y no oficiales de educación superior se destacan la del artículo 41 del siguiente tenor:

"Para ofrecer o adelantar programas en las diferentes modalidades educativas del que trata el artículo 25 de ese decreto y para otorgar los títulos respectivos se requiere expresa autorización previa por parte del ICFES". Y la del artículo 174: "Los títulos que reglamentariamente pueden otorgar las instituciones de educación superior serán expedidos en nombre de la República de Colombia, Ministerio de Educación Nacional".

Los diplomas corespondientes serán suscritos por las autoridades académicas de la institución, pero su validez queda sujeta al examen y registro que se efectuará de conformidad con lo que disponga el reglamento ejecutivo".

Los títulos a cuya obtención conduce la modalidad de formación universitaria tienen la denominación que corresponda al nombre de la respectiva profesión o disciplina académica y habilitan para su ejercicio legal "Los programas en Ciencias de la Educación conducen al título de Licenciado". (Artículo 31 *ibídem*).

De conformidad con el artículo 3° de la Ley 24 de 1976 "la denominación de licenciado en el campo de la docencia de nivel medio y superior, en cualesquiera de las especialidades, queda reservada exclusivamente a los profesionales en Ciencias de la Educación a quienes se refiere esta Ley".

Y de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2725 de 1980 "los títulos expedidos a la culminación de programas de formación universitaria de que trata el artículo 31 del Decreto Extraordinario 80 de 1980 y sus reglamentarios, son equivalentes para todos los efectos legales, a los títulos de Doctor y Licenciado expedidos de acuerdo con el régimen legal preexistente al Decreto Extraordinario No. 80 de 1980".

El ingreso al escalafón de todo educador titulado al grado que señale el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979 se realiza en concordancia con la nomenclatura establecida en el Decreto 80 de 1980 para títulos de nivel superior.

Vinculada la inscripción en el respectivo grado de escalafón docente a la reunión de requisitos académicos determinados por la posesión de un título profesional, necesariamente a pluralidad de grados coresponde diversidad de títulos; así el de Licenciado en Ciencias de la Educación dá acceso, en primer término a escalafonamiento del grado 7 en adelante y con exclusividad en el grado 13, mientras que otra clase de título sólo lo dá, en primer término el grado 6 y en segundo término, del grado siete al grado doce.

No hay, no puede haber, entonces, riesgo de acceso equívoco del educador profesional a un escalafón así estructurado por el Decreto en cita, si el título acreditado corresponde a alguna de las clases que de conformidad con lo establecido en el Decreto 80 de 1980 se puede otorgar en educación superior, en la modalidad de formación universitaria.

Otorgado un título con la denominación establecida por tal Decreto, implica que a obtenerlo condujo el cumplimiento de la totalidad de requisitos establecidos por el correspondiente régimen legal, aspectos del cual se han extractado en lo conducente. Porque el título es el logro académico que alcance una persona a la culminación de un programa de formación aprobado por el Estado, que lo acredita para el ingreso a otros programas de educación superior o para el ejercicio de una profesión, según la Ley.

En cuanto a "Licenciado en los programas de Ciencias de la Educación, en la modalidad de Formación Universitaria", es título cuya denominación corresponde específicamente a la profesión, o disciplina académica y a los programas de formación universitaria requeridos para otorgarlo, en nombre de la República de Colombia y por autorización del Ministerio de Educación Nacional, a quienes hayan cumplido con las exigencias establecidas en los reglamentos internos de la institución y las demás normas legales.

Sería, entonces, la validez del programa que condujo al título la cuestión implícita en la presente consulta y frente al régimen de licencia de funcionamiento y aprobación de programas de educación superior establecido por el Decreto 2745 de 1980, pues el reconocimiento o aprobación del programa por parte del ICFES implica autorización para otorgar el título.

No obstante dichos reconocimiento y autorización, está cuestionándose la procedencia de escalafonar en el grado siete al egresado de determinado programa, cuyos objetivos, justificación, contenido, descripción, recursos y demás aspectos requeridos por el artículo 4° del Decreto visto, pudo evaluar el ICFES dentro del año anterior a su pronunciamiento. Y se cuestiona el título propuesto como culminación del programa, en cuanto fue otorgado por una facultad diferente a la de Ciencias de la Educación, cuyo rector o representante legal debió pedir la aprobación del programa, conforme al artículo 6° del citado Decreto 2745 de 1980.

Tal cuestionamiento no tiene, en concepto la Sala, solución diferente de la que dé una acción que impugne el correspondiente acto administrativo para todos los efectos, con base en los motivos que puedan invocarse al tenor del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el 149 *ibídem*. Pero mientras se inicia y adelanta la referida acción no puede la propia administración discriminar la denominación de un título de "Licenciado en Ciencias de la Educación" por razón de la Facultad que lo otorgó, a quien ahora invoque con base en dicho título, su derecho a escalafón en el grado que le corresponde, conforme al Decreto 2277 de 1979 y en concordancia con la nomenclatura establecida por el Decreto 80 de 1980 y sus reglamentos.

La presunción de validez cobija la denominación del título, como el acto administrativo de su otorgamiento y sólo puede desvirtuarla la jurisdicción establecida al efecto, cuando se acude a ella en demanda de nulidad.

Para todos los efectos, mientras no sea declarado nulo, el título de Licenciado en Ciencias de la Educación a que se refiere la consulta conserva su validez y habilita para ingreso al escalafón docente en el grado respectivo.

Es la conclusión de la Sala, fundada en los elementos de juicio disponibles.

Transcríbase en copia auténtica a la Ministra de Educación Nacional.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991). Levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

PERSONAL DOCENTE/ CATEDRATICO/ PRESTACIONES SOCIALES/ CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/ SALARIO INTEGRAL - Improcedencia

La ley no permite que se pague a los docentes de tiempo completo un salario integral en el cual se comprende el valor de sus prestaciones sociales, luego tal posibilidad no existe tampoco respecto de los docentes de cátedra.

No pueden por lo tanto, los reglamentos o los estatutos de las universidades oficiales, que son dictados por sus consejos superiores, autorizar que se adopte para los docentes de cátedra, un salario integral que comprenda, en forma proporcional a cada hora de clase dictada el valor de sus prestaciones sociales. Una disposición de tal naturaleza está reservada solamente a la Ley.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., septiembre veintiseis (26) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

Consejero Ponente: *Dr. Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Radicación No. 062. Consulta sobre régimen de prestaciones sociales de los profesores de cátedra de las Universidades Oficiales.

Consulta la señora Ministra de Educación sí es posible, en relación a las personas que se hallen vinculadas a las universidades oficiales, como "docentes de cátedra", determinar en los reglamentos de personal y en los estatutos de dichas universidades, que son expedidos por cada consejo superior, que "mediante acuerdo se incluya en el valor de cada hora cátedra el correspondiente porcentaje de las prestaciones sociales que corresponden al docente, en los términos fijados por el Decreto 80 de 1980 a manera de un salario integral...".

Para sustentar su consulta, la señora Ministra de Educación hace un recuento de las disposiciones del Decreto Extraordinario 80 de 1980 y del Reglamentario 2019 de 1981, en relación con los docentes de cátedra, y hace notar como el Consejo de Estado, en concepto dado el 22 de marzo de 1984 (consulta No. 2023) dijo que el contrato de prestación de servicios con este tipo de docentes no se rige por el Decreto Extraordinario 222 de 1983, sino por las normas especiales del artículo 98 del Decreto Extraordinario 80 de 1980 ya antes mencionado.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

La cuestión a definir es sí en los términos fijados por el Decreto 80 de 1980, está dentro de lo posible que, en los reglamentos de personal y en los estatutos de las universidades oficiales, se determine que mediante acuerdo hecho entre la universidad y el docente de cátedra se incluya en el valor de cada hora de cátedra dictada por los profesores que se contraten en esa modalidad, un porcentaje que corresponda a la suma que debe ser pagada a tales docentes por concepto de prestaciones sociales. Expresado en otras palabras, sí es factible establecer un salario integral que comprenda, por cada hora dictada, el valor correspondiente a ésta misma, más un porcentaje con el cual se paguen de una vez las prestaciones sociales causadas al dictarse dicha hora de clase.

El Decreto-Ley 80 de 1980, proferido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas mediante la Ley 8a. de 1979, organiza el sistema de educación post-secundaria.

En su capítulo 6° se refiere al personal docente y comienza por definirlo como aquel que se dedica primordialmente a la enseñanza o a la investigación. (artículo 91). Luego, en su artículo 93, clasifica los docentes en de tiempo completo, de tiempo parcial y de cátedra. Y en el artículo 98 dispone textualmente lo siguiente:

"Los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales y su vinculación a la institución se hará mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos. Su remuneración se determinará según su categoría en el Escalafón, si la tiene, y con base en las horas efectivamente dictadas. Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo.

Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato deberá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en este decreto.

Los contratos de que aquí se trata requieren para su perfeccionamiento, del registro presupuestal correspondiente".

Por su parte, el Decreto 2019 de 1981 reglamenta la celebración de los contratos administrativos a que se refiere la norma anterior; dice que dichos contratos celebrados por las instituciones de educación superior se regulan por las disposiciones de excepción contenidas en ella y en el decreto reglamentario mismo y que tales contratos deben celebrarse por períodos académicos. En relación a las prestaciones sociales establece en sus artículos 4° y 5°:

"Artículo 4o.- Las prestaciones sociales de carácter económico que se causen a favor de los docentes de cátedra se liquidarán de acuerdo con las normas que regulan la correspondiente prestación del docente de tiempo completo, teniendo en cuenta la remuneración que corresponda a aquel. El valor de las prestaciones sociales de carácter asistencial será asumido por la respectiva institución de educación superior obligada, a razón de un cuarentavo (1/40) por cada una de las horas semanales de cátedra o lectivas contratadas. El valor de la diferencia será asumido por el docente.

Parágrafo.- Las instituciones de educación superior podrán reconocer las prestaciones sociales económicas y asistenciales del docente de cátedra a la terminación del respectivo período académico teniendo en cuenta las que correspondan al docente de tiempo completo, en la proporción indicada en el presente artículo.

Artículo 5o.- El Consejo Superior de cada institución definirá lo que se entiende por período académico para efecto de la duración de los contratos".

Así pues, tanto el artículo 98 del Decreto Extraordinario 80 de 1980 como los artículos pertinentes del Decreto Reglamentario No. 2019 de 1981 establecen claramente lo siguiente:

Las prestaciones sociales de los docentes de cátedra (cesantía, vacaciones, primas, etc, etc.) serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo.

Los contratos con los docentes de cátedra se deberán celebrar por períodos académicos y la duración de tales períodos (habitualmente semestrales o anuales) será definida por los consejos superiores.

Las prestaciones sociales de carácter económico de los docentes de cátedra se liquidarán de acuerdo con las normas que regulan las correspondientes prestaciones del docente de tiempo completo y en forma proporcional a éstas últimas.

Las instituciones de educación superior podrán reconocer las prestaciones sociales económicas y asistenciales del docente de cátedra a la terminación del respectivo período académico.

Ahora bien, las normas que regulan las prestaciones sociales de los docentes de tiempo completo, las cuales -como acaba de verse- deben tenerse en cuenta para liquidar las de los docentes de cátedra, aunque haciendo la liquidación en

forma proporcional a las horas de clase dictadas, son de origen legal, tal como lo son todas las normas que regulan las prestaciones sociales. Esto es así en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 76 ordinal 9° de la Constitución.

La ley ha establecido cuando y como se liquidan y se pagan las prestaciones sociales a los docentes de tiempo completo (y esas disposiciones legales no fueron modificadas ni por la Ley 8a. de 1979 que confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República, ni por el Decreto 080 de 1980 que las desarrolló); por lo tanto, en la misma forma y oportunidad se deberán liquidar y pagar las prestaciones a los docentes de cátedra, aunque, dada la naturaleza del contrato que vincula a estas personas con las universidades oficiales, dicha liquidación deberá, hacerse en forma proporcional a las horas de clase realmente dictadas; sin embargo en ciertos casos la misma ley determina específicamente la proporción aplicable a dichos docentes.

Debe anotarse, eso sí, que se permite pagarles las prestaciones sociales al final del respectivo período académico, o lo que es lo mismo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto-Ley 80 de 1980, a la terminación del contrato, puesto que tal norma prevé que los contratos de prestación de servicios con los docentes de cátedra sólo se celebran por períodos académicos.

Pues bien, la ley no permite que se pague a los docentes de tiempo completo un salario integral en el cual se comprenda el valor de sus prestaciones sociales, luego tal posibilidad no existe tampoco respecto de los docentes de cátedra.

No pueden por lo tanto, los reglamentos o los estatutos de las universidades oficiales, que son dictados por sus consejos superiores, autorizar que se adopte para los docentes de cátedra, tantas veces mencionados, un salario integral que comprenda, en forma proporcional a cada hora de clase dictada el valor de sus prestaciones sociales. Una disposición de tal naturaleza está reservada solamente a la Ley.

En esta forma queda respondida la consulta formulada por la señora Ministra de Educación.

Transcríbase en copia auténtica.

Gonzalo Suárez Castañeda, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* Ausente con excusa; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En febrero doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991). Levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA/ ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

La inversión a que se refiere el artículo 12 de la Ley 56 de 1981 debe calcularse sobre el total del valor de las ventas de energía eléctrica que realicen las entidades respectivas, incluyendo la adquirida de otras empresas o entidades -para luego ser vendida al usuario-, por cuanto el legislador no hizo distinción alguna, ni estableció sobre dicho valor descuentos o deducciones. De manera que cada entidad generadora de energía eléctrica debe invertir el 4% del valor total de las ventas de energía, en el municipio o región donde estén ubicadas sus centrales hidroeléctricas, exclusivamente en reforestación, protección de recursos naturales y del medio ambiente, y en programas de electrificación rural con la sola condición de que tengan una capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre el cálculo de la inversión de las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica, en reforestación y protección de los recursos naturales y en programas de electrificación rural. (Interpretación del artículo 12 de la Ley 56 de 1981). Radicación No. 379.

El señor Ministro de Minas y Energía, doctor Luis Fernando Vergara Munarriz, formula a la Sala la siguiente consulta:

1. La Central Hidroelétrica de Caldas S.A., CHEC, es una entidad descentralizada de nacionalidad colombiana, del orden nacional, sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado.

2. El artículo 12 de la Ley 56 de 1981 estipula: "Las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica, con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, deberán destinar el cuatro por ciento (4%) del valor de las ventas de energía, liquidadas a la tarifa de ventas en bloque, para inversión en los siguientes fines, por partes iguales y en forma exclusiva:

a) Reforestación y protección de los recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica, si se trata de centrales hidroeléctricas, y protección del medio ambiente en los municipios de ubicación de las plantas y en las regiones productoras de combustibles utilizados en la generación, cuando se trate de centrales térmicas.

b) Programas de electrificación rural, con prioridad en las zonas determinadas en el literal a).

PARAGRAFO.- El valor de las ventas en bloque de energía se determinará por el resultado de multiplicar el número de kilovatios despachados por el precio unitario que para ventas en bloque señale el Ministerio de Minas y Energía.

3. La CHEC genera en sus propias plantas aproximadamente el sesenta por ciento (60%) de la energía que demanda la zona que le corresponde atender y el cuarenta por ciento (40%) restante la adquiere del Sistema Interconectado Nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior,

SE CONSULTA

¿La inversión a que se refiere el artículo 12 de la Ley 56 de 1981 debe calcularse sobre la base de la generación propia o sobre el total del valor de las ventas, o sea incluyendo también la adquirida a otras empresas?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. La expedición de la Ley 56 de 1981 obedeció, entre otras razones, a la necesidad de fomentar la reforestación y protección de los recursos naturales, la defensa del medio ambiente y la ejecución de programas de electrificación rural, en aquellos municipios o regiones en donde se encuentran situadas las centrales hidroeléctricas, las centrales térmicas, y las respectivas plantas generadoras.

De ahí que el legislador hubiese considerado de especial importancia el asegurar un aprovechamiento racional de los recursos naturales que pudieran ser utilizados en la generación de energía eléctrica y, por este medio, facilitar la prestación de un adecuado servicio público, preservando simultáneamente el medio ambiente y manteniendo el equilibrio ecológico en el territorio nacional.

Con fundamento en las indicadas finalidades, en la Ley precitada se dispone:

Artículo 12. Las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica, con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, deberán destinar el cuatro por ciento (4%) del valor de las ventas de energía, liquidadas a la tarifa de ventas en bloque, para inversión en los siguientes fines, por partes iguales y en forma exclusiva:

a) Reforestación y protección de recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica, si se trata de centrales hidroeléctricas, y protección del medio ambiente en los municipios de ubicación de las plantas y en las regiones productoras de combustibles utilizados en la generación, cuando se trate de centrales térmicas.

b) Programas de electrificación rural, con prioridad en las zonas determinadas en el literal a.

2. De la disposición transcrita se deduce que las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica (entidades que, al tenor del artículo 2° de la ley, pueden ser la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas privadas que a cualquier título, sean propietarias de las obras públicas señaladas), para que adquieran la obligación de invertir el cuatro por ciento (4%) de las ventas respectivas en los fines indicados en la ley, es menester que tengan una *capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios*. De presentarse el caso en que la entidad tuviese una capacidad generadora de energía, inferior a la mencionada cantidad, entonces estaría exenta de la obligación prevista en el artículo 12 de la Ley 56 de 1981.

El pre-requisito impuesto por el legislador, a que se hace alusión en este aparte, tiene por fundamento la circunstancia consistente en que la capacidad de kilovatios suele estar en relación directa con el daño que se ocasiona a los municipios o a las regiones en donde se encuentran situadas las Centrales Hidro-eléctricas, las Centrales Térmicas o las Plantas Generadoras, perjuicio causado que deberá ser remediado mediante la utilización de los dineros provenientes de la inversión que les impone la ley, por partes iguales y en forma exclusiva, a las primeras en reforestación y protección de los recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica y en electrificación rural, en la zona de influencia, y a las dos últimas en protección del medio ambiente y, también, en electrificación rural.

3. La norma examinada determina, con suficiente claridad, que la aplicación del cuatro por ciento (4%) se refiere al "valor de las ventas de energía". Por tanto, las entidades que generan energía eléctrica con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, deberán destinar aquel porcentaje por "partes iguales y en forma exclusiva", a la reforestación, protección de recursos naturales y del medio ambiente, y programas de electrificación rural, en la forma dispuesta por la Ley,

en los municipios o regiones donde estén situadas las respectivas centrales hidroeléctricas, o térmicas, o plantas generadoras.

La Sala estima que como el legislador se refirió "al valor de las ventas de energía" de las entidades generadoras de la misma con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, para efectos de liquidar el porcentaje del cuatro por ciento (4%) con destino a las finalidades de interés común que especifica la ley, debe entenderse que se trata de toda venta de energía, realizada por tales entidades, sin tener en consideración el origen de aquélla. Por ende, la base para la liquidación es el total del ingreso proveniente de las ventas, sin que pueda aplicarse ninguna deducción sobre ese valor.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala responde:

La inversión a que se refiere el artículo 12 de la Ley 56 de 1981 debe calcularse sobre el total del valor de las ventas de energía eléctrica ("ventas en bloque", determinadas por el resultado de multiplicar el número de kilovatios despachados por el precio unitario que para tales ventas señale el Ministerio de Minas y Energía) que realicen las entidades respectivas, incluyendo la adquirida de otras empresas o entidades -para luego ser vendida al usuario-, por cuanto el legislador no hizo distinción alguna, ni estableció sobre dicho valor descuentos o deducciones. De manera que cada entidad generadora de energía eléctrica debe invertir el cuatro por ciento (4%) del valor total de las ventas de energía, en el municipio o región donde estén ubicadas sus centrales hidroeléctricas o termoeléctricas, exclusivamente en reforestación, protección de recursos naturales y del medio ambiente, y en programas de electrificación rural, con la sola condición de que tengan una capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Minas y Energía.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: Autorizada la publicación con Oficio 04128 del veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

CESANTIA - Pago/ **CAJANAL**

La intención del legislador fue la de desmontar el sistema de pagos de cesantías por parte de Cajanal y atribuírselo directamente a las entidades afiliadas. Se refirió única y exclusivamente a la Caja Nacional de Previsión cuyos afiliados son entidades del orden nacional, y en manera alguna a las Cajas de Previsión del orden departamental municipal intendencial, comisarial o distrital.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Interpretación de la Ley 33 de 1985, en sus artículos 7° y 13. Radicación No. 096.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, formula a la Sala la siguiente consulta:

FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

El inciso primero del artículo 7° de la Ley 33 de 1985, dispone:

"Las entidades que en la actualidad pagan cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirán directamente el pago de dicha Prestación a partir del 1o. de enero de 1985. Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta concurrencia del valor de las transferencias que éstas hubieren efectuado".

Con respecto al ámbito de aplicación de las disposiciones de la Ley 33 de 1985, su artículo 13 dispone:

> "Para efectos de esta ley, se entiende por Cajas de Previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá que, por Ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes.
>
> Asimismo, para los efectos de esta ley, se entienden por empleados oficiales los empleados públicos, nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social".

Con fundamento en los antecedentes de orden legal que han sido transcritos, el Gobernador del Departamento del Tolima formula estos interrogantes:

> 1. No obstante la regla de interpretación establecida en el artículo 13 de la Ley 33 de 1985, debe entenderse que la transferencia de funciones que en materia de pago de cesantías consagra el artículo 7° de la misma ley sólo comprende a la Caja Nacional de Previsión, y a las entidades y organismos del orden nacional afiliados a ella, para este efecto?
>
> 2. Por el contrario, la norma contenida en el artículo13 de la Ley 33 de 1985, determina que entidades como la Caja de Previsión del Departamento del Tolima, deben dar cumplimiento al artículo 7°, de la misma ley, absteniéndose de continuar pagando cesantías por tratarse de una obligación que debe asumir cada entidad nominadora?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

Se reduce la consulta formulada, a determinar si con base en los artículos 7° y 13 de la Ley 33 de 1985 las cajas de previsión en el orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital no están obligadas a pagar cesantías a los trabajadores de las entidades afiliadas, o si por el contrario, el artículo 7° de la Ley 33 es aplicable única y exclusivamente a la Caja Nacional de Previsión.

Para un mejor entendimiento del problema es necesario transcribir las normas citadas:

> "Artículo 7°.- Las Entidades que en la actualidad paguen cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del primero de enero de 1985. Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta concurrencia del valor de las transferencias que éstas hubieren efectuado.

Quienes a partir del primero de enero de 1985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se regirán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten, en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías."

"Artículo 13.- Para efectos de esta ley, se entiende por Cajas de Previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que, por ley, reglamento o estatutos, tengan, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualesquiera de dichos órdenes.

Asi mismo, para los efectos de esta ley, se entiende por empleados oficiales los empleados públicos nombrados o elegidos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social".

En primer lugar es necesario dejar en claro que la Ley hace referencia expresa a la Caja Nacional de Previsión en sus artículos 7°, 8°, 9° y 24 y solamente menciona las palabras cajas o caja de previsión en sus artículos 2°, 3°, 6° inciso final, 10 y 11. De allí que en principio el artículo 13 solamente sería aplicable en este último evento.

Sin embargo, no obstante la mención expresa que a la Caja Nacional de Previsión se hace en varios artículos de la Ley, lo cual significa la intención del legislador de referirse en forma exclusiva y excluyente a Cajanal, es conveniente, en aras de una correcta interpretación de las normas transcritas acudir a la exposición de motivos del proyecto presentado por el gobierno y a la ponencia que para primer debate fue presentada en la Cámara, la cual conservó su vigencia durante el transcurso del proyecto por las cámaras antes de convertirse en Ley.

En efecto en la exposición de motivos, el gobierno en relación con el artículo 7° expuso:

"contempla ciertas medidas de una lógica contundente en materia de cesantías; el primer inciso establece que *algunas entidades (Congreso, Procuraduría, Registraduría, Rama Judicial, Contraloría) pagarán directamente sus cesantías, sin que ello implique modificación en el régimen.* Ello no perjudica, y más bien beneficia, a los empleados de estas entidades, ya que al fin y al cabo, *hoy en día Cajanal paga estas cesantías*, pero solamente cuando la entidad patrona le haya transferido la suma correspondiente. Por lo tanto se está eliminando una vuelta innecesaria y perjudicial para el empleado...". (Subrayas de la Sala. Anales del Congreso No. 49 de 1984).

Por su parte en la exposición de motivos para primer debate el ponente señaló:

"El artículo 7° del proyecto contempla tres incisos para lo cual nos permitimos proponer lo siguiente: *indudablemente hay que ir desmontando de la Caja Nacional de Previsión Social el pago de las cesantías*, para que se dedique más y en mejor forma a desarrollar sus funciones de organismo de seguridad social para lo cual fue concebida. Por ello estamos de acuerdo con la aprobación del inciso 1°...". (Subrayas de la Sala. Anales del Congreso No. 146 de 1984).

De la exposición de motivos y de la ponencia transcrita se deduce claramente, que la intención del legislador, fue la de desmontar el sistema de pagos de cesantías por parte de la Caja Nacional de Previsión y atribuírselo directamente a las entidades afiliadas. Dicho sea de paso, las entidades afiliadas a las cuales Cajanal pagaba las cesantías a sus empleados, eran algunas pocas (Congreso, Procuraduría, Registraduría, Rama Judicial, Contraloría) por cuanto las demás están sujetas al régimen que creó y puso en funcionamiento el Fondo Nacional de Ahorro. Fue clara la intención del legislador de referirse única y exclusivamente a la Caja Nacional de Previsión cuyos afiliados son entidades del orden nacional, y en manera alguna a las cajas de Previsión del orden departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital. Si otra hubiera sido la intención del legislador bastaría no haber hecho expresa mención de Cajanal y haberse referido únicamente a las Cajas o a la Caja de Previsión, como lo hace en otros apartes de la ley. De allí que el artículo 13 de la ley sea aplicable solo en aquellos eventos en los que se haya utilizado el término genérico cajas o caja de previsión más no en aquellos en los que expresamente se haga referencia a la Caja Nacional de Previsión.

De los breves conceptos expuestos se concluye en relación con la consulta formulada que el artículo 7° de la Ley 33 de 1985 hace referencia en forma exclusiva y excluyente a la Caja Nacional de Previsión. Las cesantías de los empleados de las entidades afiliadas a Cajanal son canceladas a partir del primero de enero de 1985 directamente por la entidad deudora. Se trata en síntesis de una norma que afecta únicamente a la Caja Nacional de Previsión Social y a las entidades del orden nacional afiliadas a ella.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo, Gonzalo Suárez Castañeda.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

Nota de Relatoría: En marzo once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991). Levantada la reserva de acuerdo al artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

CONTRIBUCIONES DE VALORIZACION/ EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA

La Ley 86 de 1989 es una norma de carácter especial que regula, entre otros aspectos, lo concerniente al establecimiento, distribución y recaudo de la valorización generada por la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros en el Valle de Aburrá y, por lo mismo, prevalece sobre las disposiciones de carácter general contenidas en el Decreto 1604 de 1966 y en otras normas sobre la materia.

La expresión "recaudará la contribución de valorización" a que se refiere el parágrafo 1° del artículo 8° de la Ley 86 de 1989, significa que faculta al "Instituto Metropolitano de Valorización" y a la "Oficina de Valorización Departamental de Antioquia" para liquidar, distribuir y recaudar las sumas correspondientes a la contribución de valorización por los beneficios que genera la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, en varios municipios, de acuerdo con la distribución de competencias que ella dispone. La pignoración de la contribución de valorización puede efectuarse inclusive antes de que haya distribuido entre los propietarios de los inmuebles beneficiados con la obra.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte sobre: "Valorización Tren Metropolitano. Valle de Aburrá". Radicación No. 377.

En Oficio No. 32296 el Señor Ministro de Obras Públicas y Transporte envió a la Sala la siguiente consulta:

"Me permito elevar la presente consulta al H. Consejo de Estado, la cual tiene por objeto establecer la competencia para decretar, distribuir y recaudar la contribución de valorización por la ejecución del Proyecto del Tren Metropolitano del Valle de Aburrá, establecida en la Ley 86 de 1989, y dilucidar otros aspectos de vital importancia en su aplicación, para lo cual me permito dividir la consulta en dos aspectos y hacer las siguientes consideraciones:

- I -

1. La construcción del sistema de Transporte Masivo de Pasajeros para el Valle de Aburrá al cual se refiere la citada ley, es adelantada por la Sociedad sobre entidades públicas denominada "Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. -ETMVA-, constituida por Escritura Pública No. 1020 de mayo 31 de 1979, de la Notaría Novena de Medellín, siendo sus socios el Municipio de Medellín y el Departamento de Antioquia. Entidad Pública que, de conformidad con sus estatutos es del orden municipal y su objeto social lo constituye "la planeación, construcción, operación y administración del sistema de transporte rápido masivo para el Valle de Aburrá".

2. La Ley 86 de 1989,"por la cual se dictan normas sobre sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros y se preven recursos para su financiamiento", en su artículo OCTAVO dispone:

"La contribución por valorización que se cobre en las jurisdicciones municipales de Medellín, Itaguí, Bello, Envigado, Sabaneta, La Estrella y Copacabana para atender las erogaciones causadas por la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, y prioritariamente el servicio de la deuda, no podrá ser inferior al equivalente en pesos de 164 millones de dólares constantes de 1992, estimativo que excluye los estratos socio-económicos No. 1, 2 y 3.

PARAGRAFO PRIMERO.- El Instituto Metropolitano de valorización, INVAL, recaudará la contribución por la valorización en los Municipios de Medellín, Itaguí, Bello, Sabaneta, La Estrella y Copacabana. Por su parte, la oficina de valorización Departamental de Antioquia hará lo propio en el Municipio de Envigado".

3. El Decreto Legislativo 1604 de 1966, considerado como el Estatuto Básico de Valorización, en los incisos primero y segundo de su artículo 2°, respectivamente dispone:

"El establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución de valorización se harán por la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecuten (sic) las obras y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente".

"Cuando las obras fueren ejecutadas por entidades diferentes de la Nación, los Departamentos o los Municipios, el tributo se establecerá, distribuirá y recaudará por la Nación a través de la Dirección Nacional de Valorización, de acuerdo con las mencionadas entidades, salvo las atribuciones y facultades legales anteriores de las mismas entidades en relación con este impuesto".

De acuerdo con esta norma, es indiscutible la facultad que les asiste a todas las entidades públicas de cualquier orden, para percibir la contribución de valorización por las obras de interés público que ejecutan, para invertirla en la misma obra, o en otras que proyecten ejecutar. Pero, en lo que se refiere a la competencia para establecer, distribuir y recaudar la contribución, se limita en manera expresa a la Nación y a las entidades territoriales, aclarando que, cuando la obra la ejecuta una entidad pública diferente de éstas, salvo disposición legal en contrario, la competencia la tiene la Nación a través de la Dirección Nacional de Valorización del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

4. Como puede observarse, el artículo 8° Parágrafo Primero de la Ley 86 de 1989, asignó al Instituto Metropolitano de Valorización y a la oficina de Valorización Departamental de Antioquia, la competencia para recaudar la contribución de Valorización en los diferentes municipios que integran el área de influencia y, ésta, en razón del carácter regional de la obra en ejecución, comprende el Area Metropolitana del Municipio de Medellín y el Municipio de Envigado.

Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 2° del Decreto 1604 de 1966, en el proceso de cobro de la contribución de valorización es necesario distinguir diferentes etapas o momentos jurídicos que se cumplen mediante actos expedidos por el organismo competente y que consiste en:

a) El establecimiento de la contribución de valorización, que ordena su liquidación y cobro.

b) La etapa de distribución, mediante la cual se determina el presupuesto o costo de la obra, el monto distribuible, el método de la distribución, la fijación de los plazos y forma de pago con el fin de determinar la contribución que deba pagar cada propietario del inmueble beneficiado.

c) Finalmente la etapa correspondiente al cobro o recaudo de la contribución, configurándose la obligación del propietario de cancelarla. Pudiendo exigirse mediante jurisdicción coactiva en el caso de mora del propietario.

De la confrontación de las dos normas, parece desprenderse en principio que, la competencia se circunscribió a la tercera etapa del proceso de la contribución, esto es el recaudo y, que fue asignada al Departamento de Valorización de Antioquia y al Instituto Metropolitano de Valorización -INVAL-, este último, Establecimiento Público de orden Municipal creado por Acuerdo No. 39 de 1981,

del Concejo de Medellín, sin que se dispusiera nada en relación con el establecimiento y la distribución de la valorización.

Por lo tanto, de lo expuesto, me permito formular los siguientes interrogantes:

La expresión " Recaudará' la contribución de valorización" debe entenderse en su acepción gramatical, esto es la acción de cobrar o, por el contrario, debe entenderse que este término comprende todas las etapas que constituyen el proceso de la asignación de la contribución de valorización?, o

Deba entenderse que, la Ley 86 de 1989 es el acto por el cual se establece y decreta la contribución de valorización por la ejecución de la obra? Si ello es así, cuál sería la entidad competente para distribuir la valorización. Lo sería la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1604 de 1966, Artículo segundo o el Instituto Metropolitano de Valorización -INVAL- y la Oficina de Valorización Departamental de Antioquia, entendiendo que el recaudo incluiría la etapa de distribución?

- II -

1. De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 86 de 1989, para el otorgamiento de la garantía de la Nación se deben pignorar una serie de rentas entre las que se tiene la contribución de valorización (Art. 9°, literal a) de la citada Ley).

2. Existe la voluntad de la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. de pignorar dicha contribución.

Se pregunta:

Para efectuar dicha pignoración, basta la existencia de la Ley 86 de 1989 y la decisión de la Empresa de Transporte Masivo consignada en la Resolución No. J.D. 025 de abril 26 de 1990 o, se requiere que esté por lo menos asignada la distribución?".

LA SALA CONSIDERA:

1o. La Ley 86 de 1989, por la cual se dictan normas sobre sistema de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros, dispone que la construcción del sistema de transporte masivo del Valle de Aburrá deberá ser financiada con la contribución de valorización generada por dicha obra, que no podrá ser inferior a 164 millones de dólares, y con rentas departamentales y municipales en cuantía suficiente, para cubrir la diferencia entre el costo inicial del proyecto y lo recaudado por concepto de la sobretasa a la gasolina y los recursos por la contribución de valorización, cantidades que deben ser pignoradas para dicha finalidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la citada ley.

Según la Ley 86 de 1989, las entidades competentes para recaudar los dineros provenientes de la contribución de valorización a que se ha hecho mención, son el Instituto Metropolitano de Valorización -INVAL-, con jurisdicción en los municipios de Medellín, Itagüí, Bello, Sabaneta, La estrella y Copacabana, y la Oficina de Valorización Departamental de Antioquia para el municipio de Envigado (art. 8°, parágrafo 1°).

2o. La entidad que está ejecutando las obras para la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros para el Valle de Aburrá es la Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, entidad descentralizada indirecta, del orden municipal, según aparece en el documento de su constitución, integrada por el Departamento de Antioquia y el municipio de Medellín. Sobre este aspecto, cabe hacer una observación de importancia para claridad del tema que es materia de la consulta:

Debe tomarse en consideración que, aunque la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá es ejecutada por una empresa del orden municipal, como se indicó, la obra en general redunda en beneficio del área denominada "Valle de Aburrá", la cual está conformada por varios municipios, es decir, que la magnitud de la obra desborda el simple interés municipal para convertirse en un proyecto de dimensiones mucho más amplias, en el cual intervienen varios municipios que hacen parte del Area Metropolitana de Medellín, y el municipio de Envigado. Por estos motivos, la obra mencionada no es del orden municipal sino que obedece al interés de cada uno de los municipios que hacen parte del Area Metropolitana, para que en conjunto desarrollen actividades de beneficio común, en las que, además, interviene un municipio no perteneciente a dicha área.

3o. De manera que con la construcción de la obra mencionada se crea una situación *sui generis,* no prevista en el Decreto Legislativo 1604 de 1966, que por regla general regula el procedimiento técnico para hacer efectiva la contribución de valorización. Dicho Decreto no prevé el caso que es objeto de la consulta, puesto que se concreta a reglamentar lo concerniente a la contribución de valorización por la construcción de obras ejecutadas por la Nación, los Departamentos o los Municipios, respecto de las cuales a cada una de estas entidades corresponde su establecimiento o decretación, la distribución y el recaudo.

Pero como el asunto materia de estudio trata, como se indicó, de una obra para beneficio de un área conformada por varios municipios, el Decreto 1604 de 1966, no es susceptible de aplicación. Por este motivo y con miras a solucionar el problema, la Ley 86 de 1989, especialmente facultó al Instituto Metropolitano de Valorización -INVAL- y a la Oficina de Valorización Departamental de Antioquia para recaudar la contribución de valorización. Esta última deberá cobrar lo correspondiente al municipio de Envigado y aquél Instituto a los demás municipios, todo con exclusión de los estratos socio-económicos números 1, 2 y 3 (sector residencial).

La mencionada atribución debe entenderse en un sentido amplio, es decir, que la ley, al facultar a las citadas entidades para que recaudaran el valor de la contribución de valorización, les permitió utilizar todos los mecanismos necesarios para lograr su pago. De no entenderse así la norma, sería imposible cobrar y hacer efectiva la contribución de valorización.

La Sala considera, por consiguiente, que la Ley 86 de 1989 es una norma de carácter especial que regula, entre otros aspectos, lo concerniente al establecimiento, distribución y recaudo de la valorización generada por la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros en el Valle de Aburrá y, por lo mismo, prevalece sobre las disposiciones de carácter general contenidas en el Decreto 1604 de 1966 y en otras normas sobre la materia.

4o. De otra parte, y en lo concerniente al tema de la pignoración, la Ley 86 de 1989 ordena que para la Nación garantizar el servicio de la deuda, destinada a la financiación de la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, es indispensable pignorar, entre otras rentas, la proveniente de la contribución de valorización que se cobre por el beneficio de dicha obra (art. 9°).

De aquella disposición se infiere que la pignoración de rentas departamentales y municipales deberá efectuarse por los beneficiarios de la obra, con el objeto de que la Nación sirva de garante ante el organismo prestamista. Y la pignoración de la renta por valorización, convenirse entre la Nación y la entidad ejecutora de la obra; si fuere necesario, podría efectuarse antes de que las sumas por contribución de valorización hayan sido recaudadas y aún antes de que hayan sido distribuidas, porque su valor fue señalado en una cantidad no inferior a 164 millones de dólares, directamente por la Ley 86 de 1989.

LA SALA RESPONDE:

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se procede a responder los interrogantes planteados por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte:

1. La expresión "recaudará la contribución de valorización" a que se refiere el parágrafo 1° del artículo 8° de la Ley 86 de 1989, significa que faculta al "Instituto Metropolitano de Valorización" y a la "Oficina de Valorización Departamental de Antioquia" para liquidar, distribuir y recaudar las sumas correspondientes a la contribución de valorización por los beneficios que genere la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, en los municipios de Medellín, Itagüí, Bello, Sabaneta, La Estrella, Copacabana y Envigado, de acuerdo con la distribución de competencias que ella dispone.

2. La Ley 86 de 1989 es el acto jurídico por medio del cual se establece la contribución de valorización para la construcción del sistema de transporte masivo de pasajeros del Valle de Aburrá, se señala su cuantía y se exime de su pago a

determinados estratos socioeconómicos. Por tanto, dicha contribución es fuente de financiación parcial de la obra del Tren Metropolitano del Valle de Aburrá en los municipios de Medellín, Itagüí, Bello, Sabaneta, La Estrella, Copacabana y Envigado.

3. De conformidad con lo dispuesto por la Ley 86 de 1989, la competencia para distribuir y recaudar las sumas provenientes de la contribución por valorización fue atribuida al Instituto Metropolitano de Valorización -INVAL- y a la Oficina de Valorización Departamental de Antioquia en los municipios señalados por la misma ley.

4. La Ley 86 de 1989 determinó que el valor de la contribución de valorización que genere la construcción del sistema de transporte masivo del Valle de Aburrá, debe ser pignorado a favor de la Nación como condición para que esta entidad garantice el servicio y pago de la deuda. Dicha suma no puede ser inferior al equivalente en pesos de 164 millones de dólares constantes de 1992, conforme lo establece el artículo 8° de la mencionada ley.

La pignoración de la contribución de valorización puede efectuarse, inclusive antes de que se haya distribuido entre los propietarios de los inmuebles beneficiados con la obra, porque se tiene la certeza que la cantidad mínima que se recaudará corresponde a la expresada suma de 164 millones de dólares.

Transcríbase, en sendas copias auténticas al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

Nota de Relatoría: Autorizada la publicación con Oficio No. 7409 del trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

SECCION PRIMERA

ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL/ ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL/ AUTONOMIA PRESUPUESTAL/ ANALOGIA

Ante la ausencia de normas expresas en el Decreto 2407/81 para la ejecución de los presupuestos de las entidades descentralizadas, que por su naturaleza gozan de autonomía presupuestal, es necesario acudir a otras fuentes, como las normas para las entidades descentralizadas del orden nacional (art. 321 C.R.D.). El traslado presupuestal realizado por el acto acusado no estaba sometido a lo previsto en los artículos 94 y 95 del Decreto 2407/81, por tratarse del presupuesto de una entidad descentralizada con características de establecimiento público. Dicho traslado era competencia de la junta directiva del establecimiento público, por ser este órgano el competente para aprobar el presupuesto y sus modificaciones; la competencia no era, como pretende el actor, del ordenador del gasto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1193. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 12 de abril de 1989.

I. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.***

El ciudadano José Jesús Laverde Ospina, en ejercicio de la acción popular anulatoria consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad de la Resolución No. 001575 del 4 de octubre de 1988, expedida por el Gobernador del mencionado Departamento, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Quindío, Caprequindío.

b. ***El acto acusado.***

A folios 6 y 7 del Cuad. Ppal. aparece en fotocopia autenticada la Resolución 001575 de 1988, materia de la acción instaurada, acto administrativo "Por medio del cual se hace un traslado en el Presupuesto de Gastos de la presente vigencia fiscal".

Dicha Resolución del Gobernador del Quindío expresa en sus tres únicos artículos:

"ARTICULO 1°. Autorizar dentro del Presupuesto de Gastos de funcionamiento el siguiente CONTRA CREDITO:

500.	GASTOS DE FUNCIONAMIENTO		
500.02.A.	Gastos Generales		$200.000.oo
500.02.A.0011	Dotación	$200.000.oo	
TOTAL CONTRA-CREDITO			$200.000.oo

"ARTICULO 2o. Autorizar dentro del Presupuesto de Gastos de funcionamiento el siguiente CREDITO:

500.	GASTOS DE FUNCIONAMIENTO		
500.02.A.	Gastos Generales		$200.000.oo
500.02.A.0012	Capacitación Empleados	$200.000.oo	
TOTAL CREDITO			$200.000.oo

"ARTICULO 3o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

c. ***Los hechos de la demanda.***

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones son del siguiente tenor literal:

"El señor Gobernador del Departamento, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Quindío, expidió la Resolución Nro. 001575 de octubre 4 (cuatro) de los corrientes (sic), por medio de la cual hace un traslado en el Presupuesto de Gastos de la presente Vigencia Fiscal, en lo que se relaciona al Presupuesto de 'CAPREQUINDIO', el cual es un apéndice del Presupuesto del Gobierno Central.

"El señor Gobernador, al expedir la Resolución aquí demandada, está violando el Decreto Nacional 2407 de 1981, en sus artículos 94 y 95, asimismo, el Decreto Departamental con fuerza de Ordenanza Nro. 0665 de diciembre 22 de 1980, en su artículo 1Oo., parte final de su primer inciso, señala que el Gerente de la Caja de Previsión es el representante legal, e inclusive los propios Estatutos internos de 'CAPREQUINDIO'". (sic). (V.fl.9, Cuad. Ppal).

d. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.***

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

Los arts. 94 y 95 del Decreto Nacional No. 2407 de 1981, que transcribe al fl. 10 del Cuad. Ppal., porque estas normas señalan claramente "que se someta esa clase de traslados a consideración y autorización de la Honorable Asamblea del Departamento, cuando ella esté sesionando".

El art. 22 del mismo Decreto 2407 de 1981, porque "es a la Honorable Asamblea del Departamento a quien compete autorizar estas traslaciones dentro del Presupuesto de Gastos y no al señor Gobernador del departamento en su calidad de Presidente de la Junta Directiva" de Caprequindío.

Además, el art. 10 del Decreto Departamental 0665 de 1980, que tiene fuerza ordenanzal, prevé que el ordenador del gasto público de Caprequindío es su gerente general y no el Gobernador, por lo cual éste "desbordó sus facultades legales, para situarse en el campo de los particulares, conforme lo señala el artículo 20 de la Constitución Nacional".

Es el Gerente de Caprequindío, como representante legal de ésta, el ordenador del gasto público y quien ha debido solicitar a la Asamblea el traslado de que trata el acto acusado "o en su defecto si es que era obligatorio, solicitar dicha autorización a la Duma, por intermedio del señor Gobernador". (V. fls. 10 y 11, ib.).

e. ***Las razones de la defensa.***

A pesar de habérsele notificado el auto admisorio de la demanda a su representante legal (fl.20), la entidad demandada no contestó la demanda ni presentó alegato de conclusión.

f. ***La actuación surtida.***

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por no haberse acreditado la pertinente publicación del acto de carácter general acusado, mediante providencia del *a-quo* visible a fls. 14 fte. y vto. del Cuad. Ppal., no se le dio curso a la demanda y se dispuso que dentro del término legal el actor acreditase dicha publicación.

A través del proveído que obra al fl. 18 ib., se admitió la demanda y se ordenó lo demás que la ley dispone al respecto.

Por auto del fl. 22 ib., se dispuso tener como prueba la documentación adjuntada con la demanda.

A fls. 23 ib. aparece el auto del Tribunal de origen que ordenó dar a las partes el traslado común para alegar de conclusión.

Sin que las partes hubieren alegado de conclusión, el *a-quo* falló en primera instancia el proceso mediante sentencia que obra a folios 26 a 29 ib., negando las pretensiones de la demanda.

Por auto que obra al fl. 32 ib., el Tribunal de origen concedió en el efecto suspensivo el recurso apelatorio interpuesto por la parte actora contra dicha sentencia.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (V. fls. 26 a 29 del Cuad. Ppal.):

En cuanto a la afirmación del actor de que al expedirse el acto acusado éste no se sometió a consideración y autorización de la Asamblea Departamental, "en parte alguna acredita fehacientemente que ello en verdad no ocurrió", por lo cual la resolución atacada queda cobijada por la presunción de legalidad de los actos administrativos.

En lo relativo a la posible violación del art. 10 del Decreto Departamental No. 0665 de 1980, "dicha disposición en parte alguna está señalando que el Gerente de Caprequindío sea el ordenador del gasto público de dicha entidad", por lo cual aquella norma no pudo ser quebrantada.

En consecuencia, la sentencia apelada niega las pretensiones de la demanda.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (V. fls. 33-34 Cuad. Ppal.):

En la sentencia "se falta a la verdad" cuando afirma que "no existe (sic) siquiera una simple certificación de la Honorable Asamblea Departamental" de que el acto acusado se hubiere sometido a consideración de la Asamblea, "porque en el expediente sí reposa la certificación expedida por el Secretario General de la Duma, en donde se hace saber que en la fecha en que fue expedido el acto administrativo acusado, se encontraba en sesiones la Honorable Asamblea".

Se lamenta el recurrente de que "el Honorable Tribunal Administrativo del Quindío, tiene un desconocimiento total, sobre la verdadera realidad de la Administración de Caprequindío", toda vez que el art. 10 del Dec.665/80 determina que el Gerente de la entidad es su ordenador del gasto, lo cual está corroborado en los arts. 12 y 13 del mismo decreto.

Expresa que "es extraño y lamentable, que los fallos del Tribunal, no sean ceñidos a las pruebas que se aportan, sino por simples presunciones de lagelidad..." (sic).

Pide que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La entidad demandada tampoco intervino en el trámite de la segunda instancia.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (V.fls. 9 a 12 del recurso de apelación):

Como es regla general que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas legalmente aportadas al proceso; como a las partes incumbe probar "el

supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"; y como el actor no probó que *no se hizo la solicitud* a la Asamblea del Quindío para el traslado de apropiaciones dentro del presupuesto de gastos de funcionamiento, ni tampoco se allegaron los respectivos antecedentes administrativos, mal pueden prosperar las súplicas del demandante.

En ninguna parte del Decreto 665 "se verifica lo afirmado por el actor, de ser el Gerente el ordenamiento (sic) del gasto", por lo cual lo "más idóneo" es que sea el Gobernador, como presidente de la junta directiva de la entidad descentralizada, quien puede efectuar el traslado correspondiente dentro del Presupuesto de gastos. Aquí ha de aplicarse el principio según el cual "el que puede lo más puede lo menos y viceversa".

En consecuencia, el señor Agente del Ministerio Público propone que no prosperen las súplicas de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Para resolver el recurso planteado la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

1o. A pesar de que el acto demandado (Resolución CP-001575 del 4 de octubre de 1988) aparece expedido por el Gobernador del Departamento del Quindío, como se desprende de su encabezamiento y de su firma, se trata real y jurídicamente de un acto de la Junta Directiva de la Caja Departamental de Previsión Social del Quindío, tanto por su contenido como por la calidad de Presidente de dicha Junta en que actuó el Gobernador al expedirlo, según se expresa igualmente en su encabezamiento.

De tal manera que dicho acto encuentra un primer fundamento jurídico en las siguientes normas y principios:

a) El art. 279 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986), según el cual la presidencia de la junta directiva de los establecimientos públicos departamentales corresponde al Gobernador.

b) El art. 10 del Decreto ordenanzal 0665 de 1980, por el cual se convirtió en instituto descentralizado la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío, de acuerdo con cuyo artículo citado la junta directiva es presidida por el Gobernador, mientras que la Secretaría de dicha junta es desempeñada por el Gerente.

c) El principio general comúnmente aceptado según el cual los actos expedidos por los organismos colegiados deben ser firmados por el presidente y el respectivo secretario.

2o. De acuerdo con el literal d) del art. 282 del Código de Régimen Departamental, una de las funciones de la junta directiva de las entidades descentralizadas es la de "aprobar el presupuesto anual del respectivo organismo".

3o. Según lo previsto en el art. 22 del Decreto 2407 de 1981,los proyectos de presupuesto de ingresos y egresos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del departamento, son "anexo" al proyecto de presupuesto departamental. Sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente los presupuestos de esas entidades desentralizadas estuvieran sometidos en su ejecución a las mismas normas que regían el presupuesto del departamento.

En efecto, tanto los arts. 94 y 95 del Decreto 2407 de 1981, citados por el actor como normas violadas, lo mismo que varias otras normas del mismo estatuto, se refieren a los trámites que deben realizar la "Secretaria o Unidad Administrativa" correspondiente. Es así como el citado art. 94 prevé que "cuando no esté reunida la Asamblea el Gobierno podrá efectuar traslaciones de apropiaciones entre artículos de un mismo capítulo o entre artículos de distintos capítulos de una misma Secretaría o Unidad Administrativa, previa certificación del Contralor Departamental...".

A su vez, el art. 95 manifiesta que "si estuviera reunida la Asamblea, la solicitud de traslaciones la presentará el Secretario de Hacienda a consideración de esta,...".

Pero, como ya se afirmó, lo anterior no quiere decir que dichas normas también sean aplicables a las traslaciones dentro del presupuesto de una entidad descentralizada como la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío, ya que el citado estatuto que regula la elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales solo cobija excepcionalmente a los presupuestos de esas entidades, como en lo referente a que sus proyectos deben presentarse como anexos del presupuesto departamental (art.22) y que los establecimientos públicos, lo mismo que las secretarías y demás unidades ejecutoras del gobierno, deben elaborar, en los primeros seis meses de cada año, un programa de acción para el año siguiente con una clara especificación de sus objetivos (art.25).

De tal manera que ante la ausencia de normas expresas en dicho estatuto para la ejecución de los presupuestos de las entidades descentralizadas, que por su naturaleza gozan de autonomía presupuestal, es necesario acudir a otras fuentes, como las normas para las entidades descentralizadas del orden nacional, como lo prevé el art. 321 del Código de Régimen Departamental al expresar que "en las materias no reguladas por el presente estatuto se aplicarán, en cuanto fueren pertinentes, las disposiciones contenidas en la ley para la organización y el funcionamiento de las entidades descentralizadas nacionales".

Y a este respecto, en relación con el caso subjudice, basta con hacer notar que el Decreto 294 de 1973, estatuto orgánico del presupuesto general de la

Nación, vigente en la época de expedición del acto acusado, contenía las siguientes normas:

> "*Artículo 18.* Salvo disposición expresa,las únicas normas de este Estatuto aplicables en forma directa a los establecimientos públicos son las contenidas en este Capítulo. Las demás normas de este Estatuto se aplicarán a ellos solo por vía de interpretación y analogía".
>
> "*Artículo 22.* En cuanto el presente Estatuto no disponga en forma expresa otra cosa, los establecimientos públicos nacionales ejecutarán sus presupuestos aprobados por el Congreso de acuerdo con las normas previstas en los estatutos que los crearon u organizaron.
>
> "*Artículo 23.* El Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe aprobar previamente en la forma que prescriban los reglamentos de este Estatuto las adiciones, traslados o reformas que pretendan realizar los establecimientos públicos a sus presupuestos, y el destino que debe dárseles atendiendo a la naturaleza de cada entidad. Si tales cambios afectan los gastos de inversión y desarrollo, se consultará previamente al Departamento Nacional de Planeación".

De las anteriores normas y precisiones la Sala extrae las siguientes conclusiones aplicables al caso controvertido:

1a. El traslado presupuestal realizado por la Resolución acusada no estaba sometido a lo previsto en los arts. 94 y 95 del Decreto 2407 de 1981, por tratarse del presupuesto de una entidad descentralizada, con características de establecimiento público.

2a. El citado traslado era competencia del órgano correspondiente del mismo establecimiento público, para el caso la junta directiva, por ser este órgano el competente para aprobar el presupuesto y, en consecuencia, sus modificaciones, de conformidad con el literal d) del art. 282 del Código de Régimen Departamental, en concordancia con el art. 321 del mismo estatuto y con los arts. 18, 22 y 23 del Decreto 294 de 1973, y no era competencia del ordenador del gasto como lo pretende el actor.

3a. Siendo la Resolución acusada un acto de la junta directiva de la Caja de Previsión Social Departamental del Quindío y no obrando en el expediente prueba de normas locales diferentes de las citadas, que pudieran establecer requisitos especiales para esta clase de decisiones, no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que cobija al acto demandado, por lo cual no es procedente su declaratoria de ilegalidad, como lo solicita el actor y deberá, en consecuencia, confirmarse la decisión de primera instancia.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto

del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 12 de abril de 1989.

Segundo. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Háganse las anotaciones de rigor.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y uno.

Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieria Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SEGURO POR DAÑOS/ COMPAÑIA DE SEGUROS - Obligaciones/ **POTESTAD REGLAMENTARIA**

La obligación de contratar un seguro por daños a las personas causados en accidentes de tránsito, está consignada en los artículos 115 y 116 de la Ley 33/86 y no en el decreto reglamentario. Los factores de quebranto, si es que existen, se deben buscar, no en el acto acusado sino en la ley que éste reglamenta. Es necesario además, reafirmar que los decretos reglamentarios no pueden plegarse a repetir el texto de norma superior que reglamenta; una simple copia literal de la ley que reglamenta; y su utilidad práctica también sería totalmente negativa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1155. Decretos del Gobierno. Actor: Francisco Arciniegas Andrade.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Francisco Arciniegas Andrade solicitó al Consejo de Estado declarar la nulidad del Decreto Reglamentario 2544 de diciembre 31 de 1987, expedido por el Gobierno Nacional.

LOS HECHOS que el actor expone son los siguientes:

1. El Congreso expidió la Ley 33 de 1986 mediante la cual se adicionó, reformó y complementó el Decreto Ley 1344 de 1970, conocido como el CODIGO NACIONAL DE TRANSITO TERRESTRE.

2. No obstante ser un estatuto orgánico regulador del tránsito terrestre; la citada ley adicionó el Título VI del Código con un nuevo capítulo denominado "Seguros y Responsabilidades", temas más afines a los Códigos de Comercio y Civil, con tres artículos pertinentes a esta demanda, el 114, 115 y 116 que expresan lo siguiente:

> "Artículo 114.- Adiciónase el Título IV del Decreto-Ley 1344 de 1970, con un nuevo capítulo que se denominará: Seguros y Responsabilidades, el cual será integrado por los artículos 259 a 262 y constituirá el capítulo X del Código Nacional de Tránsito.
>
> "Artículo 115.- El seguro por daños a las personas causados en accidentes de tránsito será obligatorio y el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador.
>
> "Artículo 116.- Las compañías de seguros establecidas en el país y que tengan autorización para operar en el ramo de automóviles, están obligadas a otorgar el seguro establecido en el artículo anterior".

3. El 31 de diciembre de 1987 el Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto 2544, materia de esta demanda, por medio del cual se reglamentan los artículos 115 y 116 de la Ley 33 de 1986, transcritos.

4. El Decreto demandado no se limita solamente a reglamentar los mencionados artículos, sino que, desarrolla, en un alarde legislativo que excede la competencia invocada, todo un tema propio de la responsabilidad civil extracontractual, en sus fundamentos constitucionales, su trámite, apreciación, conocimiento y jurisdicción.

EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Es el Decreto Reglamentario 2544 del 31 de diciembre de 1987 expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reglamentan los artículos 115 y 116 de la Ley 33 de 1986 (artículos 259 y 260 del Decreto-Ley 1344 de 1970), y 3° de la Ley 16 de 1979.

LAS DISPOSICIONES VIOLADAS Y LA ESTIMACION DE LA VIOLACION

Sostiene el actor que la norma enjuiciada es violatoria de los artículos 16, 20, 26, 31, 37, 55 y 76 de la Constitución Nacional y de los Título 1 y XXXIV, Libro 4° del Código Civil. A fin de evitar repeticiones que serían inconducentes, se hará concreta referencia a las observaciones hechas sobre cada uno de los preceptos al hacer las consideraciones propias de este proveído.

Se solicita en la demanda que la norma acusada sea suspendida provisionalmente, petición que no fue atendida por la Sala Unitaria al considerarse que no reunía los requisitos que, conforme al artículo 152 del C.C.A., deben cumplirse.

LA IMPUGNACION

El señor Ministro de Salud, a través de apoderado, se constituyó en parte opositora. Este en su escrito de alegatos de conclusión rebatió todos y cada uno de los cargos hechos a la disposición demandada y concluye diciendo que "No hay invasión de competencias atribuidas al Congreso toda vez que no es cierta la afirmación del actor, en el sentido de indicar que se "invade la órbita del legislador al desarrollar una especie de responsabilidad objetiva cuya creación tendría que ser objeto de decisión adoptada por el Congreso...". La norma acusada ha surgido como un desarrollo de una competencia propia del Presidente de la República.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, habiendo analizado la demanda, expuso su concepto en el sentido de no compartir los argumentos del accionante, puesto que "fue en virtud de la Ley 33 de febrero 3 de 1986 que se adicionó el Código Nacional de Transporte con el Capítulo de "Seguros y Responsabilidades", determinándose con toda claridad que *el seguro* por daños a *las personas* causados en accidentes de tránsito *será obligatorio*". Dice además que no se observa cómo el Decreto demandado pueda negar la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes y mediante todas las formalidades pertinentes para pedir que se cumpla justicia, no implicando la toma de la póliza la renuncia a la actividad investigativa y punitiva del Estado para realizar el objeto de la justicia y la equidad. Mediante éstas y otras serias consideraciones, el señor Agente del Ministerio Público, llega a la conclusión de que no deben prosperar las pretensiones del actor.

Para decidir, LA SALA CONSIDERA:

Particular atención le merece a esta Sala la aserción hecha por el Colaborador Fiscal de que "fue en virtud de la Ley 33 de febrero 3 de 1986 que se adicionó el Código Nacional de Transporte con el Capítulo de "Seguros y Responsabilidades" (sic), determinándose con toda claridad que *el seguro* por daños a *las personas* causados en accidentes de tránsito *será obligatorio*". Implica ello, que los errores atribuidos por el actor al Decreto 2544 de 1987 no son suyos sino, en la hipotética situación de existir, serían referidos a la ley que éste entra a reglamentar y que, en seguimiento de lo ordenado por las normas procesales pertinentes, al efectuarse el análisis comparativo tendiente a determinar la impropiedad de los cargos hechos a una disposición que, al no ostentar la entidad que se le atribuye, consecuencialmente, resultan insusceptibles de anulación debiendo ser desoídas las pretensiones de la demanda.

En realidad, todos los ataques de la demanda apuntan a la obligatoriedad del seguro normado por el mandamiento 115 de la Ley reglamentada por daños a las personas causados en accidentes de tránsito.

Veamos:

Sostiene en primer lugar el demandante que quien toma la póliza del seguro, está renunciando a la actividad investigativa del Estado e implica, de parte de éste, la incapacidad de asumir su obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Afirma igualmente, que "El Gobierno no puede dejar sin efecto las disposiciones constitucionales que le señalan una competencia unívoca renunciando y obligando a los asociados a renunciar a la función jurisdiccional, a fin de que un tercero, por cuenta de otro, asuma parcialmente la responsabilidad que le corresponde indelegablemente al Estado". Pretende así el accionante, demostrar que la disposición impugnada está violando el artículo 16 de la Constitución Nacional. Como se puede palpar por el contexto de lo transcrito, el cotejo de la norma constitucional está inspirado en la obligatoriedad del seguro que, si bien de ella se hace referencia en el Decreto 2544 de 1987, es porque la toma de su génesis, esto es, del artículo 115 de la Ley 33 de 1986, destacado por el actor en el "hecho" segundo de su demanda, en el que se consigna el reproche adversativo: "No obstante ser un estatuto orgánico regulador del tránsito terrestre; la citada Ley adicionó el Título IV del Código con un nuevo Capítulo denominado "Seguros y Responsabilidades" temas más afines a los Códigos de Comercio y Civil...".

De igual modo, al analizar el acto acusado frente a los artículos 20 y 26 de la Carta, afirma el actor que "El Decreto demandado viola la constitución nacional (sic) en su artículo 20, pues le atribuye a los particulares una especie de responsabilidad que deben conocer y tramitar las autoridades administrativas y particulares, no por infracción de la constitución (sic) y las leyes, de acuerdo con el principio consagrado en ese artículo, si no (sic) por la realización de unos acontecimientos cuya prueba es tan solo un informe "suficiente" sobre la realización de unos hechos y no de una culpa debatida y plenamente establecida, según la disposición del artículo 5° del decreto demandado".

Con tales afirmaciones, el actor está atribuyendo al decreto demandado una categoría normativa que éste en realidad no ostenta. Y si bien, como lo afirma el apoderado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, "esta disposición no le está atribuyendo competencia a ninguna autoridad administrativa para resolver investigaciones atinentes a determinar la responsabilidad de las personas que han causado perjuicio" y que "la actuación administrativa en este caso no es definitiva, ella es recurrible y además no impide a ninguna persona acudir a la vía jurisdiccional", la Sala no puede perder de vista que la acusación hecha al Decreto 2544 de 1987 no es pertinente por cuanto la "responsabilidad" de ese particular, que es el asegurador no es una situación nueva creada por dicha disposición administrativa sino un derecho ya consagrado a favor de los perjudi-

cados por los daños en accidentes de tránsito en la ley reglamentada, artículo 115, cuando preceptúa que éstos tendrán acción contra el asegurador. Queda a salvo entonces, la integridad, supuestamente amenazada, de los artículos 20 y 26 de la Constitución, al menos por parte del Decreto demandado, pues no sería pertinente entrar en análisis respecto a lo dispuesto por la Ley 33 no siendo ésta el objeto de la acusación. No obsta manifestar que, en este caso, serían de recibo las afirmaciones de la parte impugnadora en el sentido de que la norma en examen no le impide a ninguna persona acudir a la vía jurisdiccional, por cuanto el derecho de accionar no se despinta por el nudo hecho de no preceptuarse en una Ley.

Al explicar el concepto de la violación del artículo 31 de la Carta, sostiene el demandante que el Decreto demandado desarrolló un privilegio y monopolio económico en favor de las compañías aseguradoras colombianas.

Efectivamente, el artículo 31 de la Constitución Política norma lo relacionado con el establecimiento de monopolios. Pero no corresponde en esta providencia entrar a analizar si realmente en la disposición sub iuris se trata del nacimiento de un nuevo monopolio puesto que, como en el caso anterior, es la Ley 33 de 1986, en los artículos 115 y 116 transcritos por el accionante a folio 17 del expediente, la que hace obligatorio el seguro por daños a las personas causados en accidentes de tránsito y la consiguiente obligatoriedad para las compañías de seguros establecidas en el país, de otorgarlo. La susodicha ley, ya se dijo, no está demandada en esta acción.

Por otra parte, y como queriendo coadyuvar *a priori* lo que en el párrafo antecedente se ha dicho, señala el actor que "El Decreto demandado, DESARROLLO un privilegio y monopolio económico..." (las mayúsculas no son del texto citado). Implica el uso de esta expresión, que la creación del supuesto monopolio no sería obra del decreto reglamentario, pues éste, según la frase que se cita, apenas lo "desarrolló", queriendo significar semánticamente el verbo "desarrollar": "Deshacer un rollo, desenvolver una cosa arrollada. Aumentar, acrecentar, perfeccionar, mejorar. Fig: Explicar y sacar las consecuencias de una teoría" (Larousse). Es de lógica deducir, en consecuencia, que no habiéndose establecido el seguro cuestionado por el acto acusado, mal podría decirse de éste que violó la norma ~~con~~stitucional precitada.

Habrá necesidad de reiterar, una vez más, que la obligación de contratar un seguro por daños a las personas causados en accidentes de tránsito, está consignada en los dos artículos repetidamente citados de la Ley 33 de 1986 y que por tanto, el ataque hecho al demandado al expresar el actor que "No se puede obligar a nadie a celebrar contratos, o sea a generar obligaciones entre particulares, irredimible e irremediablemente, más allá de todo ejercicio autónomo y libre de la voluntad que informa la contratación privada y pública en Colombia", con lo que se pretende sustentar la alegada violación del artículo 37 de la Constitución y del Título I del Código Civil, carece de objeto, y de sustento jurídico.

Y, al decir el peticionario que "como una consecuencia de la violación de la C.N. en los artículos antes señalados, el Decreto demandado viola nuestra legislación civil y las normas de procedimiento que deben observarse como desarrollo del principio general contenido en el artículo 26 de la Carta", es apenas obvio colegir que, siguiendo la misma cuerda de interpretación que al libelo contentivo de la demanda está dando la Sala, la hipotética violación del Título XXXIV, Libro 4º del Código Civil no es tampoco dable pues, existiendo las mismas razones, iguales disposiciones han de corresponderle. Similar consideración debe hacerse sobre lo manifestado por el actor en relación con lo que él llama violación de los artículos 55 y 76 de la Constitución Nacional. Los factores de quebranto, si es que existen, se deben buscar, no en el acto acusado sino en la ley que éste reglamenta.

Finalmente, es menester reafirmar, una vez más, que los decretos reglamentarios no pueden plegarse a repetir el texto de la norma superior que reglamentan ya que como lo expresó esta misma Sala, "el Gobierno en su labor reglamentaria puede y debe desarrollar tanto lo que está expreso en la ley como lo que va implícito en ella, en condiciones tales que el reglamento no debe acomodarse exclusivamente a la expresión literal de la norma, puesto que si esa apenas fuera su función, implicaría una simple reproducción de ella. Por consiguiente es necesario, como lo ha explicado el Consejo de Estado, que el Gobierno al hacer uso de la potestad reglamentaria desentrañe el contenido implícito, el sentido mismo, la finalidad específica de la ley que reglamenta actuando con cierta desenvoltura y agilidad, lógicamente que teniendo siempre en cuenta la prohibición de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca, ni los mismos fines de ella. Es indudable, se ha dicho, que una simple copia literal de la ley que reglamenta, es la negación misma de la facultad reglamentaria y su utilidad práctica también sería totalmente negativa" (Sentencia de 23 de noviembre de 1984. Consejero Ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4429). Y ello es así puesto que, como se ha dicho desde el antiguo derecho romano, la ley no puede abarcar todos los casos *(Omnes casus legibus comprehendi non possunt)*.

En conjunción conceptual con lo precisado en el acápite jurisprudencial preinserto, y en su exacto valor doctrinal, el profesor Gonzalo Torres Zuleta concreta la órbita de restricción de la facultad reglamentaria; "No es el poder reglamentario susceptible de ampliación: Es la materia reglamentada lo que determina el ejercicio de esa facultad, se manifieste en mayor o menor grado normativo" (Potestad reglamentaria del Jefe de Estado).

Queda pues así establecido que no habiéndose demostrado "los motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad" en los que el actor manifiesta fundamentar su acción y que se configura, por ende, una carencia absoluta de razón para demandar la nulidad del Decreto 2544 de 1987.

Expuesto lo anterior, el Consejo de Estado, a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

NO ACOGER las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Rodrigo Vieria Puerta, Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villar, Julio Ramírez Giraldo, Conjuez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

AREA METROPOLITANA/ JUNTA METROPOLITANA/ COMPETENCIA/ USO DEL SUELO - Reglamentación

El numeral 2° del artículo 5° del Acuerdo Metropolitano número 09/87, que contiene las expresiones demandadas, constituyen un aspecto reglamentario de los "usos del suelo", para cuya expedición está expresamente facultada la Junta Metropolitana por el literal c) del numeral 1° artículo 354 del C.R.M. Nada se opone a que dentro de los parámetros máximos y mínimos contemplados en las "normas generales de urbanización y construcción" contenidas en el precepto acusado, el respectivo municipio cobijado por esas "normas generales", ejerza su facultad de dictar las "reglamentaciones específicas" a que se refiere la última parte del literal d) del numeral 1° del artículo 354 del C.R.M.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1052. Actor: Rodrigo Ocampo Ossa.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, de fecha septiembre 14 de 1988.

1. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada, las pretensiones de la demanda y el acto acusado***.

El ciudadano Rodrigo Ocampo Ossa, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad parcial del numeral 2 del artículo 5° del Acuerdo No. 009 de octubre 14 de 1987, expedido por la Junta del Area Metropolitana de Pereira-Dosquebradas, en los siguientes aspectos:

1. La palabra "Unifamiliares" y,

2. Las frases "la altura máxima por vivienda será de dos (2) pisos. Entre vivienda y vivienda deberá existir un aislamiento de veinticinco (25) metros como mínimo".

b. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación (fls. 20 a 25 Cuad. Trib.)***.

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las normas que se indican a continuación, por las razones que pueden resumirse en los siguientes cargos:

PRIMER CARGO.- Violación por aplicación indebida del artículo 354 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), por cuanto esta norma en su numeral 1°, literal d), determina que la competencia de las juntas metropolitanas está limitada, entre otras actividades, a establecer normas generales de urbanización y construcción, dentro de las cuales los municipios del área han de dictar las reglamentaciones específicas. En consecuencia, el acto demandado, al consagrar particularismos como el número de pisos, el número de metros cuadrados que ha de tener una construcción, el aislamiento que debe existir entre vivienda y vivienda o si quienes han de habitarlas deberán de hacerlo en unifamiliares, ha invadido la órbita de competencia del Concejo y del Alcalde Municipal de Pereira.

SEGUNDO CARGO.- Violación por falta de aplicación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, toda vez que estas normas fijan una pauta fundamental dentro de la estructura legal colombiana, cual es la de las competencias. En los actos enjuiciados se incurrió en un exceso de poder, en una desviación de las atribuciones propias de las áreas metropolitanas por cuanto se invadió el ámbito de competencia de los Concejos Municipales.

c. ***Las razones de la defensa***

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 40 a 43 Cuad. Trib.).

FRENTE AL PRIMER CARGO.- Manifiesta que la parte actora olvidó citar en su integridad el artículo 354 del Código de Régimen Municipal, en especial el numeral 1°, literal c), que otorga a las juntas metropolitanas la facultad de reglamentar los usos del suelo urbano y rural del área y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos que puedan ser utilizados por las autoridades del área metropolitana o de los municipios que la integran. De tal suerte que las normas cuya nulidad se pide, al reglamentar los aspectos referentes al uso del suelo urbano y rural y al limitar la altura máxima de las viviendas, solo establecen aspectos generales que tratan de conservar la armonía del conjunto de ciertos sectores previamente establecidos en el Código de Urbanismo (Acuerdo No. 12 de 1986 del área metropolitana), con miras a visualizarlos desde el punto de vista arquitectónico y con fines de organización en la planeación de la ciudad, sector o zona de que se trata.

FRENTE AL SEGUNDO CARGO.- Expresa que no cabe predicar la violación de las normas invocadas por el actor, toda vez que existió norma superior en la que se fundamentó la junta del área metropolitana para expedir el Acuerdo, en su artículo y numeral discutidos.

d. *La actuación surtida*

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

1. Mediante providencia de abril 21 de 1988 se admitió la demanda y se ordenó notificar la misma al Fiscal de la Corporación y al Alcalde Municipal de Pereira y fijar el negocio en lista (fls. 27 y 28, Cuad. Trib.),

2. Por auto visible a folio 45 se decretaron las pruebas aportadas y solicitadas por las partes.

3. Mediante auto de julio 11 de 1988 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual solo hizo uso la parte actora (fls. 52 a 56 Cuad. Trib.).

4. El Ministerio Público emitió su concepto de fondo tal como se aprecia en escrito que obra a folios 57 y 58.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 59 a 74 Cuad. Trib.).

1. No cabe predicarse la violación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional por cuanto los actos acusados reglamentaron el uso del suelo y la Junta del Area Metropolitana estaba también autorizada para ello, de conformidad con el numeral 1°, literal c) del artículo 354 del Código de Régimen Municipal.

2. La predicada violación del numeral 1°, literal d) del artículo 354 del Código de Régimen Municipal no puede estudiarse en forma aislada, sino en concordancia con lo estatuído en el literal c) de la misma norma. La Junta del Area Metropolitana Pereira-Dosquebradas, al reglamentar lo referente a las viviendas unifamiliares, a la altura máxima por vivienda y a la distancia del aislamiento entre una y otra vivienda, se ciñó a lo ordenado en el numeral 1°, literales c) y d) del artículo 354 de la mencionada codificación, por cuanto las normas demandadas abarcan a todas las personas que proyecten construir en tales terrenos. En efecto, la labor de reglamentación del uso del suelo está encaminada a evitar que cada cual trate de imponer sus gustos acabando, por la falta de una reglamentación adecuada, con la armonía y estética que debe existir en las normas reguladoras del urbanismo.

No se trata de una reglamentación específica que vendría a caracterizar y a distinguir una vivienda unifamiliar de otra porque la norma es general y todas las construcciones deben someterse a las mismas reglas.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones:

1o. El tema planteado en la demanda, antes que lograr la anulación de las normas demandadas, es el de lograr que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo fije el alcance del artículo 354 del Código de Régimen Municipal para delimitar el campo de acción del Area Metropolitana frente a los Concejos Municipales que la integran.

2o. La sentencia se fundamenta en la generalidad de la vigencia de las normas y no en el alcance general de la planificación ordenada por el artículo 354 del Código de Régimen Municipal. Es evidente que las normas tienen alcance obligatorio general, pero no se trata de una disposición reglamentaria de planificación general, sino que se inmiscuye indebidamente en particularidades, interpretación ésta que de abrirse paso reduciría la función de planificación urbana de los municipios que integran un área metropolitana a escoger, por ejemplo los colores de las fachadas de las casas, pues aspectos tan "insulsos", como la altura de un edificio serían asuntos de planificación "general".

3o. El constituyente al crear las áreas metropolitanas tuvo en cuenta la necesidad surtida de conurbaciones continuas con categorías legales distintas por tratarse de diferentes municipios. Se trataba de dotar de servicios públicos, de

AREA METROPOLITANA/ JUNTA METROPOLITANA/ COMPETENCIA/ USO DEL SUELO - Reglamentación

El numeral 2° del artículo 5° del Acuerdo Metropolitano número 09/87, que contiene las expresiones demandadas, constituyen un aspecto reglamentario de los "usos del suelo", para cuya expedición está expresamente facultada la Junta Metropolitana por el literal c) del numeral 1° artículo 354 del C.R.M. Nada se opone a que dentro de los parámetros máximos y mínimos contemplados en las "normas generales de urbanización y construcción" contenidas en el precepto acusado, el respectivo municipio cobijado por esas "normas generales", ejerza su facultad de dictar las "reglamentaciones específicas" a que se refiere la última parte del literal d) del numeral 1° del artículo 354 del C.R.M.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1052. Actor: Rodrigo Ocampo Ossa.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, de fecha septiembre 14 de 1988.

1. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada, las pretensiones de la demanda y el acto acusado.***

El ciudadano Rodrigo Ocampo Ossa, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad parcial del numeral 2 del artículo 5° del Acuerdo No. 009 de octubre 14 de 1987, expedido por la Junta del Area Metropolitana de Pereira-Dosquebradas, en los siguientes aspectos:

1. La palabra "Unifamiliares" y,

2. Las frases "la altura máxima por vivienda será de dos (2) pisos. Entre vivienda y vivienda deberá existir un aislamiento de veinticinco (25) metros como mínimo".

b. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación (fls. 20 a 25 Cuad. Trib.).***

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las normas que se indican a continuación, por las razones que pueden resumirse en los siguientes cargos:

PRIMER CARGO.- Violación por aplicación indebida del artículo 354 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), por cuanto esta norma en su numeral 1°, literal d), determina que la competencia de las juntas metropolitanas está limitada, entre otras actividades, a establecer normas generales de urbanización y construcción, dentro de las cuales los municipios del área han de dictar las reglamentaciones específicas. En consecuencia, el acto demandado, al consagrar particularismos como el número de pisos, el número de metros cuadrados que ha de tener una construcción, el aislamiento que debe existir entre vivienda y vivienda o si quienes han de habitarlas deberán de hacerlo en unifamiliares, ha invadido la órbita de competencia del Concejo y del Alcalde Municipal de Pereira.

SEGUNDO CARGO.- Violación por falta de aplicación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional, toda vez que estas normas fijan una pauta fundamental dentro de la estructura legal colombiana, cual es la de las competencias. En los actos enjuiciados se incurrió en un exceso de poder, en una desviación de las atribuciones propias de las áreas metropolitanas por cuanto se invadió el ámbito de competencia de los Concejos Municipales.

c. ***Las razones de la defensa***

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 40 a 43 Cuad. Trib.).

FRENTE AL PRIMER CARGO.- Manifiesta que la parte actora olvidó citar en su integridad el artículo 354 del Código de Régimen Municipal, en especial el numeral 1°, literal c), que otorga a las juntas metropolitanas la facultad de reglamentar los usos del suelo urbano y rural del área y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos que puedan ser utilizados por las autoridades del área metropolitana o de los municipios que la integran. De tal suerte que las normas cuya nulidad se pide, al reglamentar los aspectos referentes al uso del suelo urbano y rural y al limitar la altura máxima de las viviendas, solo establecen aspectos generales que tratan de conservar la armonía del conjunto de ciertos sectores previamente establecidos en el Código de Urbanismo (Acuerdo No. 12 de 1986 del área metropolitana), con miras a visualizarlos desde el punto de vista arquitectónico y con fines de organización en la planeación de la ciudad, sector o zona de que se trata.

FRENTE AL SEGUNDO CARGO.- Expresa que no cabe predicar la violación de las normas invocadas por el actor, toda vez que existió norma superior en la que se fundamentó la junta del área metropolitana para expedir el Acuerdo, en su artículo y numeral discutidos.

d. ***La actuación surtida***

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

1. Mediante providencia de abril 21 de 1988 se admitió la demanda y se ordenó notificar la misma al Fiscal de la Corporación y al Alcalde Municipal de Pereira y fijar el negocio en lista (fls. 27 y 28, Cuad. Trib.),

2. Por auto visible a folio 45 se decretaron las pruebas aportadas y solicitadas por las partes.

3. Mediante auto de julio 11 de 1988 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual solo hizo uso la parte actora (fls. 52 a 56 Cuad. Trib.).

4. El Ministerio Público emitió su concepto de fondo tal como se aprecia en escrito que obra a folios 57 y 58.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 59 a 74 Cuad. Trib.).

1. No cabe predicarse la violación de los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional por cuanto los actos acusados reglamentaron el uso del suelo y la Junta del Area Metropolitana estaba también autorizada para ello, de conformidad con el numeral 1°, literal c) del artículo 354 del Código de Régimen Municipal.

2. La predicada violación del numeral 1°, literal d) del artículo 354 del Código de Régimen Municipal no puede estudiarse en forma aislada, sino en concordancia con lo estatuído en el literal c) de la misma norma. La Junta del Area Metropolitana Pereira-Dosquebradas, al reglamentar lo referente a las viviendas unifamiliares, a la altura máxima por vivienda y a la distancia del aislamiento entre una y otra vivienda, se ciñó a lo ordenado en el numeral 1°, literales c) y d) del artículo 354 de la mencionada codificación, por cuanto las normas demandadas abarcan a todas las personas que proyecten construir en tales terrenos. En efecto, la labor de reglamentación del uso del suelo está encaminada a evitar que cada cual trate de imponer sus gustos acabando, por la falta de una reglamentación adecuada, con la armonía y estética que debe existir en las normas reguladoras del urbanismo.

No se trata de una reglamentación específica que vendría a caracterizar y a distinguir una vivienda unifamiliar de otra porque la norma es general y todas las construcciones deben someterse a las mismas reglas.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones:

1o. El tema planteado en la demanda, antes que lograr la anulación de las normas demandadas, es el de lograr que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo fije el alcance del artículo 354 del Código de Régimen Municipal para delimitar el campo de acción del Area Metropolitana frente a los Concejos Municipales que la integran.

2o. La sentencia se fundamenta en la generalidad de la vigencia de las normas y no en el alcance general de la planificación ordenada por el artículo 354 del Código de Régimen Municipal. Es evidente que las normas tienen alcance obligatorio general, pero no se trata de una disposición reglamentaria de planificación general, sino que se inmiscuye indebidamente en particularidades, interpretación ésta que de abrirse paso reduciría la función de planificación urbana de los municipios que integran un área metropolitana a escoger, por ejemplo los colores de las fachadas de las casas, pues aspectos tan "insulsos", como la altura de un edificio serían asuntos de planificación "general".

3o. El constituyente al crear las áreas metropolitanas tuvo en cuenta la necesidad surtida de conurbaciones continuas con categorías legales distintas por tratarse de diferentes municipios. Se trataba de dotar de servicios públicos, de

acordar una definición vial, de constituir reservas en los usos del suelo en los cuales se vieran afectados los distintos municipios que conformaban la nueva realidad de supraciudades en proceso de desbordamiento del concepto "municipio".

Nunca se pensó que el área metropolitana fuere una vía de eludir a los Concejos Municipales elegidos democráticamente. Tampoco es válido afirmar que la delegación de estas funciones tenga origen legal, porque también lo tiene la restricción impuesta de que se trate de un proceso "general", es decir, donde estén incorporados los intereses de los municipios comprometidos en el proceso de reglamentación.

4o. El Tribunal de instancia confundió el sentido que la ley da a la palabra "General" y se detuvo, en cambió, en el concepto de obligatoriedad general para eludir el tema del contenido de la norma.

El recurrente no presentó alegato de conclusión, como tampoco lo hizo la parte demandada.

IV. LA COADYUVANCIA DE LA DEMANDA

En el trámite del recurso de apelación y dentro del traslado para alegar de conclusión se hizo presente como parte coadyuvante de la parte actora el doctor Francisco Eladio Gómez G., quien solicita se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda, por las razones que se resumen a continuación (fls. 6 a 22 Cuad. Consejo):

En primer lugar, el escrito de coadyuvancia excluye de la solicitud de nulidad la palabra unifamiliares, contenida en el numeral 2° del artículo 5° del Acuerdo No. 009 expedido por la Junta del Area Metropolitana de Pereira-Dosquebradas.

Expresa que la sentencia apelada hizo un análisis equivocado de la expresión "Normas Generales" utilizada en el literal d) del numeral 1° del artículo 354 del Código de Régimen Municipal, pues aunque no puede negarse que el sentido en que el Tribunal analizó el término en cuestión es uno de los correctos, un análisis del contexto mismo de la norma indica que existe otra interpretación del mismo, si se observa el mandato del artículo 30 del Código Civil.

En el presente caso la expresión "normas generales" debe interpretarse en relación con la expresión "reglamentaciones específicas" utilizada en el mismo literal d) de la norma que se viene citando: La expresión "norma general" es un concepto relacional, es decir, su sentido sólo puede determinarse en relación con otro concepto al cual se oponga, como por ejemplo con el de "norma particular" o "norma concreta", según que la prescripción se refiera a una acción universal o a una acción individual.

Luego de citar en apoyo de su tesis a autores tales como Norberto Bobbio, García Maynez y A. Hernández Gil, la parte coadyuvante concluye que aquello que está en discusión no es el tipo de generalidad sino el nivel de detalle al que llegó la Junta del Area Metropolitana al dictar la reglamentación demandada.

Si bien es cierto que, como lo sostiene el Tribunal en la sentencia apelada, de conformidad con el literal c), inciso 1° del artículo 354 del Decreto 1333 de 1986, corresponde a las Juntas Metropolitanas la reglamentación de los usos del suelo, no lo es menos que el literal d), por su parte, se refiere al establecimiento de las normas generales de zonificación, urbanización y construcción, conceptos éstos que de acuerdo con la legislación colombiana (Decreto 3133 de 1968, artículo 33, sobre organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá; Acuerdo No. 7 de 1979, artículo 11, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá) corresponden a una actividad general.

Para analizar si el artículo 5° del Acuerdo No. 009 de la Junta del Area Metropolitana Pereira-Dosquebradas al señalar la altura máxima por vivienda y el aislamiento mínimo entre una y otra, dictó normas generales o especiales, puede recurrirse a las disposiciones urbanísticas anteriores al Decreto 1333 de 1986, por cuanto en ellas se encuentran las bases que permiten determinar lo que se entiende por normas urbanísticas específicas. Así se tiene que por ejemplo del texto de los artículos 9° de la Ley 30 de 1969 y 12 del Decreto 1306 de 1980, se infiere que en las leyes urbanísticas los aspectos señalados pertenecen a la categoría de normas urbanísticas específicas.

Concluye afirmando que la Junta del Area Metropolitana Pereira-Dosquebradas, al haber reglamentado mediante las normas demandadas aspectos específicos, usurpó funciones de competencia de los municipios que la integran y por lo mismo, al extralimitarse en sus funciones, violó los artículos 16 y 20 de la Constitución Nacional que señalan límites precisos al ejercicio de las funciones públicas.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente:

1. A la reunión de la Junta del Area Metropolitana Pereira-Dos quebradas de fecha septiembre 24 de 1987 (Acta No. 004), en la cual fue aprobado el acto demandado, concurrieron ocho personas representantes del Area de Pereira y cuatro del municipio de Dosquebradas y al tenor del artículo 351 del Decreto 133 de 1986 los Acuerdos metropolitanos serán obligatorios y no podrán ser desconocidos ni por el Concejo ni por el Alcalde de los municipios que la conforman.

2. En la misma reunión en que se aprobó el Acuerdo se determinó que para la sectorización se fijarían normas a la zona a que él se refiere y que la vivienda

sería unifamiliar de estilo campestre. Como fundamento de las normas demandadas existe el literal c), numeral 1° del artículo 354 del Decreto 1333 de 1986 que determina las funciones de la Junta Metropolitana y concretamente se refiere a la facultad de expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano y rural del Area y en su literal d) le atribuye la facultad de es tablecer las normas generales de zonificación, urbanización y construcción para lo cual el municipio puede dictar las reglamentaciones específicas.

En consecuencia, el Acuerdo demandado, al determinar el número de pisos por vivienda unifamiliar y al señalar el aislamiento que debe existir entre vivienda y vivienda, lo que hizo fue reglamentar el uso del suelo urbano por medio de norma general de urbanización, tal como lo ordena la ley.

3. La característica de norma general se determina por el conglomerado, cantidad, mayoría o totalidad de personas sobre quienes va a regir la norma, independientemente de quienes vayan a construir en la zona a que se refiera el Acuerdo.

Con fundamento en lo anterior, la Fiscalía considera que se deben denegar las súplicas de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

De acuerdo con los antecedentes anteriores, es claro que el conflicto que ha dado lugar al presente proceso se ubica en la interpretación de los literales c) y d) del numeral 1° del art. 354 del Código de Régimen Municipal (Decreto-Ley 1333 de 1986).

En efecto, para el demandante, el numeral 2° del art. 5° del acuerdo metropolitano No. 09 de octubre 14 de 1987 es contrario al literal d) del numeral 1° del art. 354 del Código de Régimen Municipal, en cuanto aquél estableció que en los conjuntos residenciales campestres la densidad máxima será de tres viviendas "unifamiliares" por hectárea, que la altura máxima de dichas viviendas será de dos pisos y que entre vivienda y vivienda deberá existir un aislamiento de veinticinco metros como mínimo, mientras que la norma presuntamente violada limita la competencia de las juntas metropolitanas a establecer normas "generales" de urbanización y construcción, entre las cuales no caben los aspectos de detalle citados. Como consecuencia de esta presunta infracción, el actor plantea la violación de los arts. 16 y 20 de la C.N. por cuanto se invadió el ámbito de competencia de los Concejos Municipales.

A su vez, para la entidad demandada las normas acusadas tienen pleno respaldo en el contexto del art. 354 del Código de Régimen Municipal, en especial en el literal c) de su numeral 1°, que otorga a las juntas metropolitanas la facultad de reglamentar los usos del suelo urbano y rural del área.

Para mayor comprensión, la Sala considera conveniente transcribir la parte pertinente de las normas en conflicto.

De una parte, el numeral 2° del art. 5° del Acuerdo No. 9 de octubre 14 de 1987, según el texto oficial que obra al folio 18 del Cuad. del Tribunal y cuyas partes demandadas se subrayan, dice así:

"*Artículo Quinto:* En el Sector Sub-Urbano se permitirán parcelaciones o desenglobes de terrenos hasta un área mínima de tres (3) hectáreas para lo cual se deberá cumplir con las siguientes normas Urbanísticas y de Construcción.

"...

"2. DE LA CONSTRUCCION

"Se permitirá la construcción de conjuntos residenciales campestres cuya densidad máxima será de tres (3) viviendas *Unifamiliares* por hectárea.

"PARAGRAFO

"Los predios que se encuentren en este momento desenglobados en áreas menores de dos mil quinientos (2.500) metros y que no pertenezcan a parcelaciones aprobadas por el Dpto. Administrativo de Planeación Metropolitana, no se les permitirá construcción alguna.

"*La altura máxima por vivienda será de dos (2) pisos.*

"*Entre vivienda y vivienda deberá existir un aislamiento de veinticinco (25) metros como mínimo.*

"Entre el lindero del predio y la construcción que allí se realice deberá existir un aislamiento de quince (15) metros como mínimo.

"Entre cualquier tipo de vía deberá existir un retiro de cinco metros como mínimo adicional a la sección de la vía respectiva.

"Además de lo anterior toda construcción deberá cumplir los trámites administrativos y especificaciones técnicas y de diseño contempladas en el Código de Urbanismo de Pereira y Dosquebradas".

A su vez, los literales c) y d) del numeral 1° del artículo 354 del Código de Régimen Municipal, que sirven de fundamento tanto al ataque del demandante como a la defensa de la entidad demandada, son del siguiente tenor:

"Artículo 354.- Corresponde a la Junta Metropolitana por medio de acuerdos metropolitanos, cumplir las siguientes funciones:

"1. De planificación:

"c) Expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano y rural del Area y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos correspondientes que puedan ser utilizados por las autoridades del Area Metropolitana o de los Municipios que la componen, de conformidad con la legislación vigente;

"d) Establecer las normas generales de zonificación, urbanización, construcción, extracción de materiales y funcionamiento de establecimientos comerciales y de servicios, dentro de las cuales los Municipios del Area han de dictar las reglamentaciones específicas.

"...".

La Sala considera que de la confrontación conceptual, lógica y armónica de las normas anteriores no resulta la violación pretendida por el actor, por las siguientes razones:

1a. El numeral 2° del art. 5° del Acuerdo Metropolitano No. 09 de 1987, que contiene las expresiones demandadas, constituye un aspecto reglamentario de los "usos del suelo", para cuya expedición está expresamente facultada la Junta Metropolitana por el literal c) del numeral 1° del artículo 354 del Código de Régimen Municipal, como lo expresa el tribunal de primera instancia.

En efecto. Dicho art. 5° tiene como finalidad permitir en el sector sub-urbano, que el mismo acuerdo precisa, parcelaciones o desenglobes de terreno y su numeral 2° se refiere a la posibilidad de construir en ese sector conjuntos residenciales campestres.

A este respecto hay claridad en la doctrina en el sentido de que la reglamentación de usos del suelo corresponde a la llamada "zonificación de usos del suelo", de acuerdo con la cual "el derecho de uso lo tiene el propietario de un inmueble... desde que es propietario; sin embargo no puede ejercerlo, sino en las condiciones declaradas por la autoridad... en la zonificación respectiva y de acuerdo al permiso de construcción correspondiente". (Allan R. Brewer - Carías, *Urbanismo y propiedad privada*, Colección Estudios Jurídicos No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pág. 343. Véase igualmente a Hans Rother, *Legislación Urbanística Colombiana*, Universidad Nacional de Colombia, 1985, págs. 30 y 49 y ss.).

2a. Si bien puede afirmarse que la norma acusada también hace parte de las referentes a los aspectos de "urbanización" y "construcción" a que se refiere el literal d) del numeral 1° del art. 354 del Código de Régimen Municipal, respecto de los cuales, como lo afirma el actor, la Junta Metropolitana solo está habilitada para "establecer las normas generales", mientras que a los municipios del área corresponde "dictar las reglamentaciones específicas" dentro del marco de aque-

llas, no encuentra la Sala que las expresiones acusadas puedan ser calificadas de particularismos de tal naturaleza que hayan excluído la posibilidad de que el municipio correspondiente ejerza su función de dictar las "reglamentaciones específicas" dentro del marco de aquellas normas.

Es así como la norma demandada, en sus expresiones acusadas, se refiere a la "densidad máxima" de tres viviendas unifamiliares por hectárea en los conjuntos residenciales campestres, a la "altura máxima" por vivienda que será de dos pisos y al aislamiento que debe existir entre vivienda y vivienda, que deberá ser de veinticinco metros "como mínimo".

De tal manera que nada se opone a que dentro de los parámetros máximos y mínimos contemplados en las "normas generales de urbanización y contrucción" contenidas en el precepto acusado, el respectivo municipio cobijado por esas "normas generales", ejerza su facultad de dictar las "reglamentaciones específicas" a que se refiere la última parte del literal d) del numeral 1° del art. 354 del Código de Régimen Municipal.

No cree la Sala tampoco que la circunstancia de que la norma acusada se refiera a viviendas "Unifamiliares" pueda ser ilegal frente al citado literal d) del numeral 1° del art. 354 del Código de Régimen Municipal, ya que dicha norma está regulando la construcción de "conjuntos residenciales campestres" que por su naturaleza son multifamiliares, de tal manera que es apenas lógico que dentro de ese carácter multifamiliar, el límite de densidad de viviendas esté dado por un número máximo de viviendas unifamiliares.

3a. En relación con los argumentos planteados por el coadyuvante de la parte actora, en su escrito presentado dentro del traslado para alegar de conclusión en la segunda instancia, la Sala encuentra que si bien es cierto que la argumentación del Tribunal no fue la más afortunada en cuanto se limitó a analizar el carácter de obligatoriedad general de la norma acusada, sin entrar a analizar sus relaciones con las reglamentaciones específicas que corresponde a los municipios, de las razones anteriormente expresadas resulta que no se ha violado esa competencia de las autoridades municipales y que, por lo mismo, no le asiste razón al coadyuvante.

Además de dichas razones, la Sala no encuentra que del art. 33 del Decreto 3133 de 1968 sobre organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, ni de los arts. 9° de la Ley 30 de 1969 y 12 del Decreto 1306 de 1980, resulte o pueda inferirse que los aspectos referentes a la altura máxima de las viviendas y al aislamiento mínimo que deba existir entre una vivienda y otra, pertenezcan a la categoría de normas urbanísticas específicas y no puedan hacer parte de las normas generales, como lo plantea el coadyuvante.

En efecto, respecto del Decreto 3133 de 1968, además de ser un estatuto aplicable expresa y exclusivamente al Distrito Especial de Bogotá, su art. 33 se refiere al Plan General de Desarrollo de la ciudad y precisamente incluye entre

sus elementos "la reglamentación del uso de la tierra" y "el loteo y reglamentación del desarrollo de terrenos por medio de urbanizaciones y parcelaciones", temas dentro de los cuales se encuentran los aspectos normativos demandados en este proceso.

En relación con el art. 9° de la Ley 30 de 1969 (contenido actualmente en el art. 35 del Código de Régimen Municipal), se trata de una norma que simplemente regula el trámite de los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social o de obras públicas, sin que de ninguno de sus apartes pueda inferirse que los aspectos acusados de la norma demandada sean generales o específicos.

Finalmente, del art. 12 del Decreto 1306 de 1980 tampoco surge la conclusión planteada por el actor, ya que, de una parte, si bien esa norma incluye dentro de los instrumentos normativos que debe contener el plan integral de desarrollo, el referente al "reglamento de usos del suelo y normas urbanísticas específicas", no precisa cuáles de ellas son las que efectivamente tienen ese carácter de especificidad, y, de otra parte, dicha norma es aplicable tanto a las áreas metropolitanas como a los municipios según lo expresa el artículo 1° del mismo decreto, por lo cual no constituye de ninguna manera un elemento de interpretación que permita concluir que los aspectos demandados deban hacer parte de la reglamentación específica y no de la general y que su competencia corresponda a los municipios y no a las áreas metropolitanas.

En conclusión, la Sala no encuentra que las expresiones demandadas del numeral 2° del art. 5° del Acuerdo Metropolitano No. 09, expedido por la Junta del Area Metropolitana de Pereira-Dosquebradas, violen el literal d) del numeral 1° del art. 354 del Código de Régimen Municipal y, por lo mismo, tampoco los arts. 16 y 20 de la Constitución, ya que no se invadió el ámbito de competencia de las autoridades municipales ni se incurrió en un exceso de poder por parte de la autoridad que expidió la norma acusada, desde el punto de vista de las acusaciones planteadas en la demanda.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Confírmase la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente proceso por el Tribunal Administrativo de Risaralda, de fecha septiembre 14 de 1988.

Segundo.- En firme esta sentencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y uno.

Los consejeros,

Myriam Guerrero de Escobar, José Padillar Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieria Puerta,

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL/ CONTRATACION ADMINISTRATIVA - Inhabilidades

La decisión *ultra petita*, rebasadora de la específica y circunscrita pretensión sometida a la autoridad jurisdiccional, no es suficiente para mundificar la palmar agresión que implica el decreto de un vedamiento contenido en el parágrafo enjuiciado, no contemplado en las causales taxativas de una norma de rango superior DL. 222/83 en las disposiciones a cuya tutela objetiva ha acudido el accionante, que el Tribunal ha encontrado quebrantadas por el acuerdo demandado y que la Sala acoge en su precisión jurídico-positiva, en razón a que las causales de inhabilidades para contratar, se itera, han sido materia de regulación legal.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL en cuanto comprende lo estatuido en el parágrafo 3° del artículo 13 del Acuerdo No. 021 de julio 15 de 1987, expedido por el H. Concejo de Barranquilla y que en su texto reza: "...En ningún caso podrá la Administración del Municipio ni las administraciones de las entidades descentralizadas del orden Municipal, contratar nuevas obras con personas naturales o jurídicas que tengan pendiente la ejecución o trámite final de contrato o contratos por valor total mayor de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.00)".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1607; Apelación interlocutorios. Actor: Salcedo Limitada.

Procedente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico llega a esta Corporación, en recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Municipio de Barranquilla, el auto proferido por ese Tribunal en el asunto de la referencia, el día once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, decidiendo una suspensión provisional.

El expediente, repartido inicialmente a la Sección Tercera el 15 de marzo de 1990, fue luego remitido a esta Sección Primera el dos (2) de octubre de mil novecientos noventa (1990).

LA ACCION

La sociedad denominada "Salcedo Limitada", por intermedio de abogado, solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico que se decretará:

"a) La nulidad del parágrafo Tercero del Artículo 13 del Acuerdo No. 021 de fecha 15 de julio de 1987 expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla, Parágrafo Tercero que dice así: "En ningún caso podrá la Administración del Municipio ni las administraciones de las entidades descentralizadas del orden municipal, contratar nuevas obras con personas naturales o jurídicas que tengan pendiente la ejecución o trámite final de contrato o contratos por valor total mayor de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo)".

"b) La suspensión provisional del mismo parágrafo".

LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo*, en auto del once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, en las consideraciones atinentes a la administración de la demanda y a la solicitud de suspensión provisional, manifestó:

"La Ley establece que en los procesos instaurados a través de la acción pública de nulidad, la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional se da en los siguientes casos:

"1o. Que la suspensión no esté prohibida por la Ley;

"2o. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso, en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella; y

"3o. Que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas.

"En el caso materia de estudio, los presupuestos señalados en los numerales 1° y 2° se encuentran satisfechos, cumpliéndose de esta manera los requisitos requeridos por los incisos 5° y 4° del artículo 152 del C.C.A.

"Ahora bien, corresponde hacer el análisis a fin de establecer si en el caso *sub-exámine* existe o hay manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, esto es, de un solo golpe de vista, o, como se ha dicho también, prima facie, sin duda, que no requiera circunloquios ni reflexiones profundas, o sea que de la compración de una y otra norma colocadas como en doble columna, surja evidentemente sin profundidad tal como lo sostiene el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de fecha abril 27 de 1984".

En la parte resolutiva, admite la demanda, reconoce la personería del apoderado especial del demandante y, en el ordinal 3° dispone:

"Decrétase la suspensión provisional del Acuerdo No. 021 de julio 15 de 1987, dictado por el Concejo Municipal de Barranquilla".

LA APELACION

El apoderado judicial del Municipio de Barranquilla, presentó "Recurso de apelación contra la providencia emanada de esa Corporación por la cual se Ordenó (sic) la suspensión provicional (sic) de la totalidad del Acuerdo No. 021 de 1987 dictado por el Concejo de Barranquilla a fin de que esta providencia sea revocada por concurrir razones de legalidad, Auto éste emanado dentro del proceso de simple nulidad incoado por SALCEDO LIMITADA contra el parágrafo tercero del artículo 13 del Acuerdo (sic) 021/87".

"La razón de legalidad consiste en que la providencia del Tribunal ordenó la suspensión provisional de la totalidad del Acuerdo 021/87 emanado del Concejo de Barranquilla, cuando la solicitud sobre tal medida precautoria fue presentada por el actor con el contenido del articulado restante del acuerdo en cita".

CONSIDERACIONES:

Ha de fijar la Sala su atención, en un primer plano de análisis, en la causa aducida por la parte recurrente, como pilar sustentatorio de la medida cautelar impetrada.

"La razón de legalidad -se asevera- consiste en que la providencia del Tribunal ordenó la suspensión provisional de la totalidad del Acuerdo 021/87 emando (sic) del Concejo de Barranquilla, cuando la solicitud sobre tal medida precautoria fue presentada por el actor solo con respecto al parágrafo tercero del artículo 13 del Acuerdo 021/87, y no en relación con el contenido del articulado restante del Acuerdo en cita".

Y la consecuencia derivada del argumento pretranscrito se concreta en que "...el Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de la nulidad de la suspensión provisional de los restantes artículos que integran el Acuerdo 021/87...".

Traduce lo anotado que el apelante, en verdad, juridícamente, no controvierte la ilegalidad del acuerdo adverado por el accionante y acogido por el *a-quo*, esto es, el quebranto inferido al Decreto Ley 222 de 1983, en las disposiciones invocadas, en cuanto regla el número e hipótesis de inhabilidades que para celebrar contratos con las entidades a que se refiere el precitado ordenamiento se preven en los mandamientos 8 y 9. Ello no puede menos que significar el mantenimiento de la medida precautelar decidida en el auto recurrido.

Desde otra óptica de enfoque, esto es, la razón de ilegalidad por la extensión del decreto de suspensión provisional a la totalidad normativa del acuerdo cuestionado, cuando el nulidiscente en el libelo circunscribe el ruego de ella al parágrafo tercero del artículo 13, ello consulta y se conforma con la literalidad de la demanda en relación con la preceptiva del ordenamiento edilicio, porque en el libelo se pretende "...la suspensión provisional del mismo parágrafo...", cuando la providencia impugnada resuelve decretar "...la suspensión provisional del Acuerdo No. 021 de julio 15 de 1987, dictado por el Concejo Municipal de Barranquilla...", conformado por veintitrés artículos, como *prima faciae* se advierte de su texto.

No obstante, la decisión *ultrapetita*, rebasadora de la específica circunscrita pretensión sometida a la autoridad jurisdiccional, como se ha anotado, no es suficiente para mundificar la palmar agresión que implica el decreto de un vedamiento contenido en el parágrafo enjuiciado, no contemplado en las causales taxativas de una norma de rango superior como lo constituye el Decreto Ley 222 de 1983 en las disposiciones a cuya tutela objetiva ha acudido el accionante, que el Tribunal ha encontrado quebrantada por el multicitado acuerdo y que la Sala acoge en su precisión jurídico-positiva, en razón en que las causales de inhabilidad para contratar, se itera, han sido materia de regulación legal.

Empero, la medida de suspensión provisional decídida por el *a-quo*, a ser insusceptible de gravitar sobre contenidos normativos no cuestionados, determina en esa medida y extensión, la necesaria revocatoria.

Y es por ello que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. CONFIRMAR el decreto de suspensión provisional proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, en cuanto comprende lo estatuído en el parágrafo 3° del Art. 13 del Acuerdo 021

de julio 15 de 1987, expedido por el H. Concejo de Barranquilla y que en su texto reza:

> "En ningún caso podrá la Administración del Municinicipio ni las administraciones de las entidades descentra lizadas del orden Municipal, contratar nuevas obras con personas naturales o jurídicas que tengan pendiente la ejecución o trámite final de contrato o contratos por valor total mayor de CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($50'000.000.00)".

2o. REVOCAR el decreto de suspensión provisional en cuanto que en él se comprenden las disposiciones del Acuerdo citado e identificado en el numeral 1° diferentes a lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 13.

3o. En firme esta providencia y previa las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por Sala en reunión celebrada el día veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Rodrigo Vieira Puerta, Myriam Guerrero de Escobar, José Padilla Villar, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ADMINISTRACION MUNICIPAL - Organización/ **CONCEJO MUNICIPAL** - Atribuciones/ **PRESUPUESTO MUNICIPAL/ EQUILIBRIO PRESUPUESTAL**

Siendo los concejos municipales los organismos que señalan y determinan la estructura administrativa de los municipios, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, y de que son ellos mismos quienes expiden anualmente el presupuesto de rentas y gastos, están cobijados por la obligación de no desbordar con sus propios actos los montos fijados en dicho presupuesto para el pago de servicios personales y, más aun, por la expresa prohibición de hacer traslados o adiciones presupuestales para cubrir gastos originados en los mismos.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo No. 071 de 1990, expedido por el Concejo Municipal de Montenegro, decretada por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1636. Actor: Municipio de Montenegro.

Procede la Sección Primera de la Corporación a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes impugnantes contra el auto de 24 de septiembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto decretó la suspensión provisional del Acuerdo No. 071 de mayo 22 de 1990, emanado del Concejo Municipal de Montenegro.

EL ACTO ACUSADO

Mediante el auto acusado el Concejo Municipal de Montenegro, Departamento del Quindío, dispuso crear unos nuevos cargos en la planta administrativa de esa Corporación, les asignó sus funciones y ordenó una adición presupuestal para cubrir "...el gasto que demanden los nuevos cargos creados...".

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora, en el acápite de la demanda correspondiente a la solicitud de suspensión provisional expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (V. fls. 10 a 12).

Al establecerse en el artículo 197 de la Constitución Nacional que los concejos deben ejercer sus atribuciones de conformidad con la ley, indica que la creación de empleos debe estar limitada, entre otros factores, por la apropiación presupuestal inicialmente aprobada para el pago de servicios personales y que no pueden crearse obligaciones, por ese concepto, a cargo del Tesorero Municipal, que superen ese monto, según las voces del artículo 289 del Código de Régimen Municipal. Esta misma norma plantea que para efectos de atender las obligaciones que surjan de la creación de cargos en la planta de personal de la administración no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales.

La apropiacion inicialmente aprobada por el Concejo para atender los servicios personales del Municipio fue de $111'659.852.14 y para la Corporación edilicia $1'042.476.oo. Según estudio elaborado por la oficina de Planeación Departamental, los cargos creados implican obligaciones adicionales por un monto de $1'150.366.oo.

El acto acusado, con franca inobservancia de lo dispuesto por los artículos 289 del Código de Régimen Municipal y 182 y 188 del Código Fiscal del Quindío, no solo adicionó la partida inicial del Programa 1, Corporación Administrativa en la suma de $1'246.230, contrariando la expresa prohibición legal de abrir créditos adicionales para atender nuevos costos en servicios personales generados en la creación de cargos, sino que fue dictado sin que "...establezca de manera clara y precisa el recurso (sic) que ha de servir de base para su apertura (se refiere al crédito adicional) y con el cual se incrementa el presupuesto...".

Además de lo anterior, no existió el certificado mediante el cual la Contraloría Municipal garantizara la existencia del recurso, de acuerdo con la exigencia del Código Fiscal del Quindío.

Por último, el acto acusado transgrede el artículo 1° del Decreto 49 de 1932, por cuanto de las actas de las sesiones del Concejo y de la certificación expedida por la Secretaría de ese órgano se desprende que se omitió el requisito de la citación para las sesiones correspondientes.

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que le asistieron al Tribunal Administrativo del Quindío para decretar la suspensión provisional del acto demandado son, en síntesis, las siguientes (V. fls. 105 a 107).

Aun cuando el artículo 289 del Código de Régimen Municipal no hace mención específica de la determinación de la planta de personal de los Concejos Municipales, se estima que tal norma es aplicable al caso estudiado por cuanto esas corporaciones forman parte del engranaje municipal.

Mediante el Acuerdo acusado se ordenó una adición presupuestal para sufragar los gastos de operación de los cargos en él creados y de esa manera se incurrió abiertamente en la prohibición establecida en el inciso tercero del artículo 289 del Código de Régimen Municipal.

CONSIDERACIONES

Partiendo de la base de que el presupuesto, sea éste el de la Nación, el de los departamentos o el de los municipios, genéricamente se define como el acto mediante el cual se computan y relacionan de manera anticipada las rentas y los ingresos y se asignan las partidas para sufragar los gastos públicos dentro de un período fiscal, y que uno de los principios del sistema presupuestal es el llamado "equilibrio", según el cual tanto el monto de los ingresos como el de los gastos debe ser igual, se explica la razón de ser y el objeto que persiguió el legislador con la expedición de la norma establecida en el artículo 289 del C. de R.M.

En efecto, la citada norma consagra, entre otras, la atribución que tienen los concejos municipales para determinar las plantas de personal de las alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias, siempre a iniciativa de los alcaldes. Establece, además que esta función se cumplirá en estricta sujeción a las normas que expidan aquellos sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos "...y sin que se puedan crear a cargo del tesoro municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales, es decir, que para estos efectos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales".

En primer término, no cabe predicarse que la norma del artículo 289 del C. de R.M se refiera exclusivamente a las dependencias de la administración municipal que ella misma consagra y que los concejos municipales estuvieran al margen de su radio de acción y de su cumplimiento, por la simple razón de que no se encuentran mencionados expresamente en la misma, toda vez que ellos forman parte integrante e indisoluble de la organización y de la administración municipal.

Precisamente, la razón de ser de la aplicación de la norma a estos organismos estriba en el hecho de que siendo los concejos municipales los organismos que

señalan y determinan la estructura administrativa de los municipios, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos (art. 197-3 C.N.), y de que son ellos mismos quienes expiden anualmente el presupuesto de rentas y gastos, están cobijados por la obligación de no desbordar con sus propios actos los montos fijados en dicho presupuesto para el pago de servicios personales y, más aún, por la expresa prohibición de hacer traslados o adiciones presupuestales para cubrir gastos originados en los mismos.

Ingrata suerte correrían los municipios colombianos si su órgano de administración colegiado estuviera sustraido de la prohibición consagrada en esta norma, pues ello podría conllevar a una avalancha en la creación de cargos administrativos en sus dependencias, sin control y sin ley.

La aplicación de lo ya expresado al caso que se analiza lleva a esta Sala a la conclusión de que el Acuerdo acusado viola flagrantemente el artículo 289 del C.de R.M., toda vez que para cubrir las obligaciones generadas por la creación de los cargos se ordena una adición presupuestal, adición ésta que de contera afecta el equilibrio del presupuesto del Municipio de Montenegro, como claramente se establece al observarse la comunicación suscrita por el Director de Planeación Departamental, visible a folios 73 y 74.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. CONFIRMASE la suspensión provisional del Acuerdo No. 071 de 1990, expedido por el Concejo Municipal de Montenegro, decretada por el Tribunal Administrativo del Quindío mediante auto del 24 de septiembre de 1990.

2. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, José Padilla Villar, (ausente con excusa legal); *Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CATASTRO/ FUNCION PUBLICA CATASTRAL/ PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL/ ACTO DE TRAMITE

En virtud del régimen especial de catastro, justificado por la naturaleza propia y la complejidad de la función pública catastral, la ley ha querido ordenar el ejercicio de esta función a través de etapas que si bien terminan cada una de ellas con un acto administrativo formal, no todos ellos son actos sometidos a los recursos y las acciones. Es el caso concreto de las resoluciones con que terminan las etapas de "formación" y "actualización", las cuales abren las puertas para que el interesado pueda iniciar el procedimiento gubernativo de revisión del avalúo, que sí dará lugar a un acto definitivo sujeto a los recursos y las acciones. De manera que el acto que ordenó la inscripción de los predios, entre ellos el de propiedad del demandante, no puso fin a un proceso catastral sino que era un simple acto con el cual finalizaba una etapa dentro de ese proceso, no susceptible de los recursos y las acciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1120. Actor: María Teresa García de García.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha noviembre 2 de 1988.

I. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda***

La ciudadana María Teresa García de García, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones números 25-000- 0036-84 (Diciembre 28) y 25-000-0027 -85 (Noviembre 6) proferidas por el Director de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", en cuanto afectan el inmueble rural San Clemente y el restablecimiento de los derechos violados con dicho acto, el cual se traduce en que quede vigente el anterior avalúo catastral.

b. ***Los actos acusados***

Por medio de los actos acusados el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", a través del Director de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, adoptó las siguientes decisiones:

1. Mediante la Resolución No. 25-000-0036-84, se ordenó la inscripción en el catastro de todos los predios urbanos y rurales del municipio de Tocancipá y declaró vigentes los avalúos resultantes de la formación del catastro de dicho municipio.

2. Por medio de la Resolución No. 25-000-0027-85 se denegó el recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuestos por la parte actora contra la Resolución No. 25-000-0036-84.

c. ***Los hechos de la demanda***

1. En cumplimiento de lo ordenado por la Ley 14 de 1983, la Seccional de Catastro de Cundinamarca expidió la Resolución No. 25-000-006-84 mediante la cual se ordenó la formación del catastro jurídico fiscal del municipio de Tocancipá, entre otros, sin tomar en cuenta que el Gobierno Nacional no había clasificado los terrenos y edificaciones de acuerdo con categorías de precios en el caso que no fuesen del todo homogéneos (Ley 14 de 1983, art. 4°) o con la clasificación de las categorías de precios unitarios en el caso de las zonas homogéneas (Decreto 3496 de 1983, art. 8°).

2. Mediante Resolución 25-000-020-84 la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca aprobó el estudio de las zonas homogéneas geoeconómicas, el valor de los tipos de edificaciones, ordenó la liquidación de los avalúos y la elaboración de listas de propietarios o poseedores del municipio de Tocancipá.

3. Por medio de la Resolución 25-000-0036-84, uno de los actos cuya nulidad se solicita, la misma Oficina Seccional de Catastro ordenó la inscripción de todos los predios rurales del municipio de Tocancipá y declaró vigentes los

avalúos resultantes de la formación de Catastro del mencionado municipio para 1985, dentro de los cuales se encuentra el predio San Clemente, propiedad de la parte actora, el cual, en virtud de este acto, ascendió en el avalúo catastral de $7.701.000 a $16.576.000.

4. Contra la Resolución mencionada en el punto anterior se interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, los cuales fueron denegados mediante la Resolución No. 25-000-0027-85, emanada de la Dirección de la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca.

d. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación***

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas por las razones que se resumen a continuación:

PRIMER CARGO: Violación por falta de aplicación de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 30 del Decreto 2205 de 1983, 139 de la Resolución 0660 de 1984 y 50 del Código Contencioso Administrativo.

Al no haberse concedido en la Resolución No. 25-000-0036-84 los recursos de reposición y apelación se violó el artículo 50 del C.C.A., toda vez que dicho acto puso fin a una actuación administrativa.

Por su parte, el artículo 30 del Decreto 2205, de 1983, aprobatorio de los Estatutos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", establece los recursos de reposición y apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los directores seccionales de Catastro.

Se quebrantó igualmente el artículo 139 de la Resolución No. 660 de 1984, expedido por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", por cuanto allí se determina que contra los actos que ponen fin a las decisiones de las autoridades de catastro proceden los recursos de reposición y de apelación.

Por último, al haberse negado los recursos interpuestos se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional.

SEGUNDO CARGO: Violación por aplicación indebida del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto en la vía gubernativa la Oficina Seccional de Catastro sostuvo que la Resolución 25-000-0036-84 era un acto de carácter general y por ende no procedían los recursos de reposición y de apelación, sin analizar los argumentos de la parte actora en el sentido de que éste se refiere a personas y a predios determinados y determinables, es decir sólo a aquellas y a aquellos que se encuentran en el territorio del municipio de Tocancipá.

TERCER CARGO: Violación por falta de aplicación del inciso segundo del artículo 4° de la Ley 14 de 1983 y del artículo 8° del Decreto Reglamentario 3496 de 1983, toda vez que estas normas determinan que cuando la autoridad

catastral acomete la etapa de formación del avalúo no es autónoma para determinar los valores unitarios referentes a las edificaciones y terrenos en las zonas geoeconómicas, sino que debe sujetarse a las categorías de precios unitarios fijados por el Gobierno Nacional lo cual, a la fecha de expedición de los actos enjuiciados, no se había producido.

Igualmente en este cargo el actor incluye la violación directa de los artículos 57, 63 y 120-3 de la Constitución Nacional. Lo hace consistir en que la Oficina Seccional de Catastro de Cundinamarca, al dictar la Resolución No. 25-000-0036-84, usurpó la potestad reglamentaria del Jefe del Estado y se atribuyó las funciones que corresponden al Gobierno.

CUARTO CARGO: Violación por falta de aplicación de los artículos 5° y 6° de la Ley 14 de 1983; 14, 15 y 16 del Decreto Reglamentario 3496 de 1983 y 1° del Decreto 2678 de 1984.

De conformidad con los artículos 1° y 2° de la Ley 14 de 1983 y 18 del Decreto 3496 de 1983, el avalúo catastral de todos los inmuebles debía actualizarse durante el año de 1983 de acuerdo con los porcentajes establecidos en dichas normas. Por su parte, los artículos 5° de la citada Ley 14 y 14 del Decreto 3496 de 1983 señalan a las autoridades catastrales la obligación de formar catastros o actualizar en el curso de períodos de cinco años en todos los municipios del país.

De acuerdo con lo anterior, al actualizarse los catastros para los años de 1983 y 1984 las autoridades han debido dar aplicación al artículo 6° de la Ley 14 de 1983 que ordena un reajuste anual según el índice inmobiliario y no practicar nuevos avalúos, como efectivamente se hizo con el predio de la demandante. En consecuencia, ha debido efectuarse solamente el reajuste correspondiente, el cual no podía ser superior a la proporción del incremento del índice de precios al consumidor.

QUINTO CARGO: Violación por falta de aplicación del artículo 13 de la Ley 12 de 1982, por cuanto en los considerandos de la Resolución No. 25-000-0036-84 y al efectuar el avalúo del predio de la parte actora, no se tuvo en cuenta el tipo de uso permitido en él.

SEXTO CARGO: Violación del ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional. Excepción de inconstitucionalidad.

Hace consistir la violación en el hecho de que al basarse el acto demandado No. 25-000-0036-84 en la Resolución No. 660 de 1984 expedida por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", se usurpó la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

SEPTIMO CARGO: Los actos demandados quebrantan el espíritu de la Ley 14 de 1983 y causan agravio injustificado a la actora por cuanto al practicarse un

nuevo avalúo catastral al predio San Clemente este se incrementó de $7.701.000 a $16.756.000.

OCTAVO CARGO: Las Resoluciones demandadas violan los artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional toda vez que el nuevo avalúo catastral conlleva un incremento confiscatorio de los impuestos de renta, patrimonio y predial.

e. *Las razones de la defensa*

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 94 a 105 y 171 a 189 del cuaderno No. 2).

Contra las pretensiones de la demandada se proponen las siguientes excepciones:

a) Indebida notificación a la parte demandada.- Se hace consistir en que el auto admisorio de la demanda fue notificado al Director Seccional de Catastro de Cundinamarca y no al Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", quien de conformidad con los Estatutos de esa entidad es su representante legal.

b) Caducidad de la acción respecto de la Resolución No. 25-000-0036-84 por cuanto este acto de carácter general quedó en firme el 1° de enero de 1985 y la demanda se instauró luego de transcurridos los cuatro meses de que trata el artículo 136 del C.C.A.

c) Incompetencia de la Sección Segunda del Tribunal toda vez que de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2433 de 1977 la acción intentada, que versa sobre avalúos catastrales, carece de relación directa con los procesos sobre impuestos o sobre jurisdicción coactiva. En tal virtud la controversia suscitada corresponde a la Sección Tercera del Tribunal.

FRENTE AL PRIMER CARGO: De conformidad con el artículo 3° inciso segundo del Decreto 2205 de 1983, los actos que se derivan de la formación y conservación del Catastro Nacional, se sujetarán a un procedimiento especial, de acuerdo a las normas que se establezcan para el efecto. Lo anterior indica que el inciso primero del mencionado artículo, que ordena al Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" resolver los recursos de apelación contra providencias en primera instancia de los Directores Seccionales, no es aplicable al asunto *sub-judice* por cuanto la vía gubernativa en el Catastro está regulada de manera especial por el artículo 9° de la Ley 14 de 1983 y por los artículos 124 y siguientes de la Resolución 660 de 1984.

Los artículos 11 y 12 del Decreto 3496 de 1983 indican que el proceso de conservación catastral se inicia el día siguiente de aquel en el cual se inscribe la formación catastral y es precisamente en aquel proceso en el que se puede solicitar mediante la acción de revisión (Ley 14 de 1983, art. 9°), entre otros, la revisión

del avalúo y la inscripción de la autoestimación del mismo, peticiones éstas con las que se inicia la vía gubernativa en el catastro.

La Resolución No. 25-000-0036-84, que ordenó la inscripción en el Catastro de los predios del municipio de Tocancipá, tan solo consolidó el proceso de formación catastral en el cual no hay lugar a recursos por la vía gubernativa, razón por la que se denegaron los interpuestos por el demandante.

Por existir en materia catastral una regulación especial y en virtud del inciso segundo del artículo 1° del C.C.A., no es aplicable a esta materia el artículo 50 del mismo estatuto como lo pretende el actor.

No cabe tampoco predicarse la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto el acto de denegación de los recursos interpuestos se ajustó a las normas legales que se han mencionado.

FRENTE AL SEGUNDO CARGO: No cabe predicarse la violación del artículo 49 del C.C.A. toda vez que la Resolución 25-000-0036-84 es un acto general que culminó el proceso en formación catastral y que ordenó inscribir en los documentos catastrales varios miles de predios que conforman el municipio de Tocancipá.

FRENTE AL TERCER CARGO: De conformidad con el inciso segundo del artículo 4° de la Ley 14 de 1983, cuando los terrenos o las edificaciones no fueren del todo homogéneas respecto de su predio, se clasificarán de acuerdo con las categorías de precios que defina el Gobierno Nacional en todo el país. Por consiguiente, primero se han de precisar los precios para luego determinar si son o no homogéneos y después clasificar en las categorías de precios aquellos que no resultaren homogéneos, la interpretación que de esta norma hace el actor implicaría un absurdo, pues según ella el Gobierno tendría que inventarse las categorías de precios para que luego las autoridades designaran en qué categoría estaría un predio.

Con relación a la presunta violación del Decreto Reglamentario 3496 de 1983 debe anotarse que conforme a su texto corresponde al Instituto determinar los valores unitarios para edificaciones y terrenos. Es decir, la clasificación en las categorías de precios es un trámite previo a la determinación de los avalúos en la formación catastral y esta clasificación solo puede llevarse a cabo después de concluidas otras etapas.

De la lectura del primer considerando del Decreto 90 de 1986, que fijó por vez primera las categorías de precios se observa que el Gobierno Nacional tomó como base para el mismo los valores unitarios obtenidos por el Instituto.

El Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" al adoptar las Resoluciones demandadas, se limitó a cumplir con las funciones a él asignadas en el literal C del artículo 6° de sus Estatutos (Decreto 2205 de 1983), Ley 65 de 1939, Decreto

1301 de 1940, Ley 14 de 1983, Decreto 3496 de 1983 y en la Resolución 660 de 1984, por lo cual no puede predicarse la violación de los artículos 57, 63 y 120-3 de la Constitución Nacional.

FRENTE AL CUARTO CARGO: La actualización de los avalúos, prevista en el artículo 1° de la Ley 14 de 1983 y reglamentada en el artículo 18 del Decreto 3496 de 1983 es una figura jurídica distinta a la actualización de la formación catastral prevista en el artículo 5° de la Ley 14 de 1983 y definida en el artículo 13 del Decreto 3496 de 1983. Mientras la primera surge a la vida jurídica para poner al día avalúos desuetos y que para 1983 pudo con llevar reajustes hasta del 150%, la segunda es un procedimiento técnico para renovar los datos de información obtenida en la formación catastral.

El artículo 5° de la Ley 14 de 1983, al ordenar que los procesos de formación catastral o de actualización de la formación catastral se realicen en el curso de períodos de cinco años, no indica que solo al vencimiento de ese lapso pueda procederse a realizar tales operaciones.

En consecuencia, hecha la formación catastral del municipio de Tocancipá y puesta en vigencia desde el 1° de enero de 1985 no podía aplicarse el artículo 6° de la Ley 14 de 1983 para el mismo año de 1985 sino que éste es aplicable para el año de 1986 y sucesivamente hasta tanto no se haga otra formación o actualización de la formación.

El artículo 14 del Decreto 3496 de 1983 transcribe el texto del artículo 5° de la Ley 14 de 1983, por lo cual son válidos los argumentos ya expresados anteriormente.

No se dio aplicación a los artículos 15 y 16 del Decreto 3496 de 1983 por cuanto, como ya se observó la operación de formación catastral vigente desde el 1° de enero de 1985 impidió que para el mismo año se aplicaran dichos reajustes.

El artículo 1° del Decreto 2678 de 1984 es aplicación del artículo 6° de la Ley 14 de 1983 y de los artículos 15 y 16 del Decreto 3496 de 1983 y según lo ya expuesto estas normas no son aplicables al caso *sub-judice*.

FRENTE AL QUINTO CARGO: El cargo de violación por falta de aplicación del artículo 13 de la Ley 12 de 1982 carece de asidero legal y fáctico por cuanto en los antecedentes de la Resolución No. 25-000-0036-84 consta que se adelantaron estudios técnicos completos sobre el área para determinar las zonas homogéneas físicas y en las cuales se tuvieron en cuenta, entre otros factores, el uso y destino económico de los predios. Por otra parte, en la Resolución No. 25-000-0027-85, también impugnada se trató expresamente este asunto.

FRENTE AL SEXTO CARGO: Efectivamente la Resolución No. 25-000-0036-84 se basó en la Resolución No. 660 de 1984 expedida por el Instituto, la cual no es violatoria del numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional,

por cuanto ésta no reglamenta la ley sino establece las normas técnicas sobre las labores catastrales asignadas a ese ente del Estado.

FRENTE AL SEPTIMO CARGO: De los antecedentes de la Ley 14 de 1983 citados por el demandante se llega a la conclusión de que su espíritu fue el de satisfacer la imperiosa necesidad de fortalecer las finanzas de los municipios y encontrar un justo medio que permitiera a los propietarios sobreaguar la época de recesión y a aquellos recibir un impulso fiscal de importancia. El Instituto ha aplicado la Ley 14 de 1983 en la forma más ponderada y jurídica posible, cuidando de no quebrantar su esprritu.

FRENTE AL OCTAVO CARGO: Frente a la presunta violación de los artículos 30 y 34 de la Constitución Nacional se observa que la actividad del Instituto se limitó a realizar la formación catastral sobre un gran volumen de predios, incluyendo el de la demandante, y una de las consecuencias de ello fue la fijación de los correspondientes avalúos catastrales, no siendo de su competencia determinar los impuestos ni hacer consideraciones sobre si son o no confiscatorios de la propiedad privada.

f. ***La actuación surtida***

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A. al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones en el Tribunal de origen:

1. Por auto de enero 28 de 1986 se admitió la demanda, se ordenó notificar al Fiscal de la Corporación, al Gobernador de Cundinamarca y al Jefe de la Oficina de Catastro de Cundinamarca, fijar el negocio en lista y se negó la suspensión provisional de los actos demandados (fls. 57 a 60 Cdno. No. 1).

2. La Sección Primera del Consejo de Estado, mediante providencia del 19 de mayo de 1987 resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante y accedió a decretar la suspensión provisional de los actos enjuiciados, pero solo en relación con el predio rural de propiedad de la actora (fls. 85 a 90 Cdno. No.1).

3. Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, solamente el apoderado del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" presentó escrito que obra a folios 171 a 189 del Cuaderno No. 2.

4. En el concepto rendido por la Fiscalía se solicitó denegar las súplicas de la demanda (fls. 190 a 197 Cdno. No. 2).

5. Mediante providencia visible a folio 202 del cuaderno No. 2 se decidió desvincular del proceso al Departamento de Cundinamarca teniendo en cuenta que la Oficina Seccional de Catastro depende exclusivamente del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".

6. Por auto de Aaosto 13 de 1988 se negó la nulidad procesal invocada por la parte demandada (fls. 217 a 221. Cdno. No. 2).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia declaró no probadas las excepciones alegadas por la entidad demandada, se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo por falta de agotamiento de la vía gubernativa y como consecuencia de lo anterior ordenó el levantamiento de la suspensión provisional, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 223 a 239. Cdno. No. 2):

1. En cuanto a las excepciones de indebida notificación del auto admisorio de la demanda al Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", la caducidad de la acción e incompetencia del Tribunal para conocer del proceso, la sentencia considera que ninguna está llamada a prosperar por cuanto en relación con la primera el representante legal del Instituto confirió poder y la de manda se contestó en su oportunidad; en relación con la segunda y de acuerdo con lo expuesto por el excepcionante en la sustentación se afirma que los actos acusados tienen carácter general pero se predica la caducidad de la acción de restablecimiento del derecho y, por último, frente a la tercera, al Tribunal le compete el conocimiento en primera instancia de las demandas de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional, cuando la cuantía exceda de $500.000.

2. La ley 14 de 1983 dictó normas reguladoras del avalúo catastral y distinguió los procesos de formación, actualización y conservación de los catastros y en su artículo 9° dispuso que los propietarios o poseedores podrán obtener la revisión del avalúo cuando se demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio, revisión ésta que se hará en el proceso de conservación catastral y contra la decisión proceden los recursos de reposición y apelación. Con fundamento en esta ley, en el Decreto 3496 de 1983 y en las demás normas sobre catastro, el Instituto dictó la Resolución No. 660 de 1984 en la cual se reglamentaron las diversas etapas de los procesos de formación, actualización y conservación del Catastro Nacional y lo relativo a la vía gubernativa.

En el artículo 124 de la Resolución No. 660 de 1984 se dispone que en el Catastro la vía gubernativa tiene dos instancias en los casos de revisión de los avalúos de los catastros formados o actualizados o de las modificaciones al avalúo de conservación. Igualmente dispone que en los demás casos y siempre que no haya modificaciones del avalúo, las autoridades catastrales actuarán en única instancia y que "la vía gubernativa se tramitará dentro del proceso de conservación catastral".

3. Finalmente, concluye el Tribunal en los siguientes términos:

"Visto a grandes rasgos el proceso administrativo de formación, actualización y conservación del catastro y las normas referentes a la vía gubernativa salta a la vista que la actora acudió a la vía jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho sin haber agotado la vía gubernativa específicamente prevista en el artículo 9° de la Ley 14 de 1983 y desarrollada en el Decreto 3496 del mismo año y en la Resolución 660 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, lo cual implica una omisión del artículo 135 del C.C.A.

En efecto, con ninguno de los actos acusados se agotó la vía gubernativa pues el primero de ellos corresponde a la Resolución con la cual se concluye la etapa de formación, toda vez que mediante ella se ordena la inscripción de los predios urbanos y rurales del Municipio de Tocancipá, y el segundo, es la Resolución que declaró improcedente los recursos de reposición y apelación instaurados contra la primera.

Expresa y categóricamente la Ley 14 de 1983 estableció que el propietario o poseedor podrá obtener la revisión del avalúo, la cual debió llevarse a cabo dentro del proceso de conservación y sobre cuya decisión procedían los recursos de reposición y apelación.

La forma en que se previó cómo podrá el propietario o poseedor obtener la revisión del avalúo, está indicando que solo una vez concluida la etapa de formación y actualización del catastro y una vez hecha la inscripción del predio o la mejora y dentro de la etapa de conservación, se inicia la impugnación al avalúo, esto es, se abre la vía gubernativa respecto del avalúo ya inscrito en cabeza de su respectivo titular". (fl. 237, Cdno. No .2).

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 4 a 6 Cdno. Consejo):

1. La sentencia señala que como el proceso de formación catastral culmina con la resolución que ordena la inscripción de los predios en el Catastro, mientras esto no suceda el acto no produce la totalidad de los efectos y sólo a partir de ese momento se podrá solicitar la revisión del avalúo. Como consecuencia de lo anterior, la vía gubernativa sólo puede darse en el proceso de conservación más no en el de formación castastral y toda vez que si no ocurrió en el caso estudiado, por cuanto el actor intentó agotarla en la etapa de formación catastral y no en la de conservación catastral, como lo ordena el artículo 129 de la Resolución No. 660 de 1984, no se dio cumplimiento al artículo 135 del Decreto 01 de 1984.

2. El artículo 9° de la Ley 14 de 1983 faculta al propietario o poseedor para solicitar la revisión del avalúo cuando demuestre que el valor no se ajusta a las

condiciones y características del predio y que esta revisión se hará dentro del proceso de conservación catastral, procediendo por la vía gubernativa contra la decisión que adopten los recursos de reposición y apelación. Del texto de este artículo no puede concluirse que los avalúos efectuados o resultantes del proceso de formación catastral no pueden discutirse mediante los recursos por la vía gubernativa, según lo prescribe el artículo 50 del C.C.A.

3. Por su parte, el artículo 30 del Decreto 2205 de 1983 consagra los recursos de reposición y de apelación contra todas las providencias dictadas en primera instancia por los directivos seccionales de Catastro y el artículo 139 de la Resolución 660 de 1984 expresa que contra los actos que ponen fin a las decisiones de las autoridades catastrales proceden los recursos ya anotados y adicionalmente el de queja. La sentencia de primera instancia no dio aplicación a las anteriores disposiciones como tampoco al artículo 87 de la mencionada Resolución, si se tiene en cuenta que el acto que ordenó la inscripción del predio de propiedad de la actora y que declaró vigentes los avalúos a partir de 1985 puso fin a un proceso catastral.

4. De conformidad con el artículo 49 del C.C.A., la inscripción en el registro que ordena la Resolución No. 25-000-0036-84, implica un acto de ejecución contra el cual no proceden recursos por la vía gubernativa, por lo cual los recursos procedían contra la Resolución y no contra el acto de inscripción.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez, la parte demandada se opone a las pretensiones del recurrente por las siguientes razones, aducidas en su alegato de conclusión de la segunda instancia (fls. 10 a 17 Cdno. Consejo).

1. El fundamento del artículo 9° de la Ley 14 de 1983, cuando establece que la acción de revisión procede dentro de la conservación catastral, radica en que sólo a partir de tal momento se conoce el avalúo catastral, materia sobre la cual versa la acción. Además, el artículo 8 de la misma ley preceptúa que la vigencia de los avalúos formados es el 1o. de enero del año siguiente a aquel en que fue ejecutada dicha formación, momento éste en que comienza la etapa de conservación catastral.

Por otra parte, el procedimiento gubernativo catastral, por consagrar un régimen especial de que trata el artículo 1° del C.C.A. hace inaplicable el artículo 5° del mismo estatuto.

2. Los actos administrativos de la formación catastral no son impugnables mediante los recursos de la vía gubernativa, situación que no surge de lo expresado en la sentencia, como lo afirma el apelante, sino de la índole de tales actos que es la de ser de trámite, preparatorios o de ejecución.

3. El argumento del apelante, en el sentido de que en el artículo 30 del Decreto 2205 de 1983 se establecieron los recursos de reposición y de apelación contra las resoluciones dictadas por las directivas seccionales de Catastro, cae por su base si se cita en su integridad el mencionado artículo donde se expresa que "Los actos que se derivan de la formación y conservación del Catastro Nacional, se sujetarán a un procedimiento especial, según las normas que se establezcan para el efecto".

4. Las providencias de la formación catastral no contienen decisiones administrativas definitivas por su naturaleza misma y porque no son producto de controversia o de petición en interés general o particular. La formación catastral es solo una parte de la actividad catastral y su denominación tiene por objeto hacer distinciones puramente técnicas que no tienen relación alguna con la conclusión de procedimientos administrativos.

5. El artículo 87 de la Resolución No. 660 de 1984 expresa que el proceso de formación catastral termina con la providencia que ordena la inscripción en el Catastro de los predios que han sido formados. Lo que no dice el artículo citado es que allí termine la actividad catastral o que dicho acto contenga una decisión administrativa susceptible de ser impugnada. Y no contiene decisión alguna dado que la orden de inscripción de los predios formados en los registros catastrales es un acto de trámite adicional en la preparación del Catastro como identificación física, jurídica, fiscal y económica.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 21 a 24 Cdno. Consejo):

1. De conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del C.C.A. los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estos. Con fundamento en la Ley 14 de 1983 y en el Decreto 3496 de 1983 el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" dictó la Resolución No. 660 de 1984 mediante la cual reglamentó las etapas que integran los procesos de formación, actualización y conservación del Catastro Nacional y en sus artículos 124 y ss. reguló específicamente la vía gubernativa.

2. El artículo 124 de la mencionada Resolución No. 660 de 1984 determina que en el Catastro habrá dos instancias en los casos de revisión de los avalúos o modificación de los mismos y se actuará en única instancia en los demás casos tales como cambio de nombre, identificación de las personas y análogos. Por su parte el parágrafo del mismo artículo determina que "La vía gubernativa se tramitará dentro del proceso de Conservación Catastral".

3. A su vez el artículo 129 de la Resolución No. 660 de 1984 establece que la revisión del avalúo se podrá presentar a partir del día siguiente al de la fecha

de la Resolución por la cual se inscribe el predio y el artículo 149 *ibídem* determina que la vía gubernativa se agota cuando contra la decisión catastral no procede recurso alguno, cuando propuestos estos no se hubieren decidido y cuando la providencia quede en firme por no haberse interpuesto los de reposición o de queja.

4. Se observa en el proceso (fl. 87 Cdno. No. 2) que la impugnación de la Resolución No. 25-000-0036-84 del 28 de diciembre de 1984 tuvo lugar el 15 de agosto de 1985, por lo cual cabe predicar que no hubo reclamación oportuna del actor ante la vía administrativa y por consiguiente no podía acudir directamente ante la vía jurisdiccional.

5. La Fiscalía considera finalmente que la sentencia apelada se encuentra fundamentada en derecho y solicita sea confirmada por esta Corporación.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

De acuerdo con la impugnación planteada por la parte demandante frente a la sentencia de primera instancia, la controversia que es objeto de este recurso de apelación se centra en determinar si los actos demandados estaban sujetos al procedimiento general de vía gubernativa previsto en el Código Contencioso Administrativo, o si, por el contrario, se encontraban sometidos a un régimen especial que no fue cumplido.

En efecto, para el recurrente, según lo expresa en la sustentación de su recurso, a pesar de que la Ley 14 de 1983 faculta al propietario o poseedor para solicitar la revisión del avalúo dentro del proceso de conservación catastral, de ello no se desprende que los avalúos resultantes del proceso de formación catastral no puedan discutirse por el régimen general de los recursos. A su vez, para la entidad demandada e impugnante del recurso, los actos demandados y específicamente el primero de ellos hacen parte de un solo procedimiento catastral, sometido a un régimen especial de recursos y de agotamiento de la vía gubernativa, que no se cumplió en el caso de autos y que llevó concretamente al Tribunal a declararse inhibido por falta de agotamiento de dicha vía gubernativa.

Del análisis global de los antecedentes del proceso, de las normas jurídicas invocadas por las partes y de sus correspondientes alegaciones, lo mismo que de la sentencia del Tribunal de primera instancia, la Sala concluye que debe confirmarse esta última por las siguientes razones:

1a. Las normas catastrales establecieron un procedimiento administrativo especial para el ejercicio de la función catastral.

En efecto, dadas las características muy especiales y técnicas de la actividad catastral, se han dictado una serie de normas que regulan al detalle el ejercicio de esta función pública, entre las cuales se han incluido normas especiales sobre los mecanismos de controversia que deben ser utilizados por los afectados.

Así, en primer lugar, el art. 3° de la Ley 14 de 1983 diferencia las labores o etapas de "formación", "actualización" y "conservación" de los catastros, tendientes a la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de los inmuebles.

A su vez, el art. 5° de la citada ley ordena que "las autoridades catastrales tendrán la obligación de formar los catastros o actualizarlos en el curso de períodos de cinco años en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físico y jurídico dcl catastro y eliminar las posibles disparidades en el avalúo catastral originadas en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales del mercado inmobiliario".

Por su parte, el art. 9° de la misma Ley establece que "el propietario o poseedor podrá obtener la revisión del avalúo en la Oficina de Catastro correspondiente, cuando demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio. *Dicha revisión se hará dentro del proceso de conservación catastral y contra la decisión procederán por la vía gubernativa los recursos de reposición y apelación*". (Subraya la Sala).

En desarrollo de las normas legales anteriores, el Decreto 3496 de 1983, por el cual se reglamenta la Ley 14 del mismo año, detalla y precisa los procedimientos de actuación administrativa y de vía gubernativa en la actividad catastral.

Es así como en los artículos 11, 12 y 13 define las etapas de "formación", "conservación" y "actualización" catastral en los siguientes términos:

> "Artículo 11.- Formación Catastral. La formación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a obtener la información sobre los terrenos y edificaciones en los aspectos físico, jurídico, fiscal y económico de cada predio.
>
> La información obtenida se anotará en la ficha predial y en los documentos gráficos, listados y formatos de control estadístico que diseñen las autoridades catastrales.
>
> *El proceso de formación termina con la resolución por medio de la cual las autoridades catastrales, a partir de la fecha de dicha providencia, ordenan la inscripción en el catastro de los predios que han sido formados y establecen que el proceso de conservación se inicia al día siguiente, a partir del cual, el propietario o poseedor podrá solicitar la revisión del avalúo de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 14 de 1983*".
>
> "Artículo 12.- Conservación Catastral. La conservación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a mantener al día los documentos catastrales de conformidad con los cambios que experimente la propiedad raíz en sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico.

La conservación se inicia al día siguiente en el cual se inscribe la formación o la actualización de la formación en el catastro, y se formaliza con la resolución que ordena la inscripción en los documentos catastrales de los cambios que se hayan presentado en la propiedad raíz".

"Artículo 13.- Actualización de la formación catastral. La actualización de la formación catastral consiste en el conjunto de operaciones destinadas a renovar los datos de la formación catastral, revisando los elementos físico y jurídico del catastro y eliminando en el elemento económico las disparidades originadas por cambios físicos, variaciones de uso o de productividad, obras públicas, o condiciones locales del mercado inmobiliario.

La actualización de la formación catastral se debe realizar dentro de un período máximo de cinco (5) años, a partir de la fecha en la cual se termina la formación de un catastro, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 14 de 1983 y el artículo 11 del presente decreto.

La información obtenida y los cambios encontrados se anotarán en los documentos catastrales pertinentes. *El proceso de actualización termina con la resolución por medio de la cual las autoridades catastrales, a partir de la fecha de dicha providencia, ordenan la renovación de la inscripción en el catastro de los predios que han sido actualizados y establecen que el proceso de conservación se inicia el día siguiente a partir del cual, el propietario o poseedor podrá solicitar la revisión del avalúo de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 14 de 1983*". (Subrayados de la Sala).

Por su parte, los artículos 29 a 40 del mismo decreto, regulan detalladamente lo referente a la "revisión" de los avalúos y a la vía gubernativa aplicable en ese caso.

En ese sentido, el art. 29 prevé que "las autoridades catastrales informarán por los medios usuales de comunicación, sobre la fecha de inscripción catastral y de vigencia fiscal de los avalúos obtenidos por formación o por actualización de la formación".

A su vez, el art. 30 insiste en que "el propietario o poseedor podrá obtener la revisión del avalúo en la Oficina de Catastro correspondiente, cuando demuestre que el valor no se ajusta a las características y condiciones del predio" y repite que *"dicha revisión se dará dentro del proceso de conservación catastral"*. Agrega, además, que *"el propietario o poseedor podrá presentar la correspondiente solicitud de revisión del avalúo de su predio o mejora a partir del día siguiente al de la fecha de la resolución mediante la cual se inscribe el predio o la mejora en el catastro acompañándola de las pruebas que la justifiquen"*. (Destaca la Sala).

A continuación los arts. 31 a 40 regulan lo referente a la notificación de los cambios ocurridos durante la conservación catastral, las instancias que tiene el

procedimiento gubernativo en el catastro, los recursos de reposición y apelación contra la resolución que desata la solicitud de revisión, la forma y términos de los recursos, la no obligatoriedad del recurso de reposición, el carácter directo o subsidiario del recurso de apelación, el agotamiento de la vía gubernativa, los plazos para resolver sobre las solicitudes de revisión y los recursos y los sitios donde debe presentarse la solicitud de revisión.

En desarrollo de las normas anteriores, la Resolución 660 del 30 de marzo de 1984, expedida por el Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" detalló aún más las normas sobre formación, actualización y conservación catastral en 165 artículos, entre los cuales el Título V se refiere a la vía gubernativa, a través de un procedimiento que incluye la revisión de los avalúos.

2a.- Como consecuencia de lo anterior, la actuación catastral en esos términos está sometida al principio consagrado en el inciso segundo del art. 1° del Código Contencioso Administrativo, según el cual "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles".

De tal manera que las referencias hechas por el recurrente a los arts. 49 y 50 del C.C.A. no son de recibo en el caso *sub-judice*.

Igualmente, las expresiones contenidas en el art. 30 del Decreto 2205 de 1983, que consagra los recursos de reposición y de apelación contra las providencias dictadas por los directivos seccionales de catastro, también aducidas por el recurrente en su recurso, deben entenderse dentro del contexto de las normas citadas que consagran el procedimien especial ya descrito, es decir, que se refieren a los actos administrativos no cobijados por dicho procedimiento especial, ya que el mismo artículo agrega que "los actos que se deriven de la formación y conservación del catastro nacional, se sujetarán a un procedimiento especial según las normas que se establezcan para el efecto".

3a.- Por consiguiente, como a través dc la Resolución No. 25-000-0036-84, que es el primer acto acusado, se ordenó inscribir en el catastro los predios urbanos y rurales del Municipio de Tocancipá como resultado de la formación del catastro, ello quiere decir que de acuerdo con las normas del procedimiento especial ya citadas, a partir del día siguiente el propietario podía presentar la solicitud de revisión del avalúo, e interponer los recursos contra la decisión que resolviera dicha petición, si no estuviere de acuerdo con ella. Y solamente a través del cumplimiento de ese procedimiento se agotaba para el caso la vía gubernativa y se abrían las puertas de la vía jurisdiccional, de acuerdo con lo exigido en el art. 135 del Código Contencioso Administrativo.

4a. Lo anterior quiere decir igualmente, que en virtud del régimen especial mencionado, justificado por la naturaleza propia y la complejidad de la función pública catastral, la ley ha querido ordenar el ejercicio de esta función a través de etapas que si bien terminan cada una de ellas con un acto administrativo formal,

como es una resolución, no todos ellos son actos sometidos a los recursos y las acciones. Es el caso concretamente de las resoluciones con que terminan las etapas de "formación" y "actualización", las cuales abren las puertas para que el interesado pueda iniciar el procedimiento gubernativo de revisión del avalúo, que si dará lugar a un acto definitivo sujeto a los recursos y las acciones.

De tal manera que, contrariamente a lo pretendido por el recurrente, el acto que ordenó la inscripción de los predios del Municipio de Tocancipá, entre ellos el de propiedad de la demandante y recurrente, no puso fin a un proceso catastral sino que era un simple acto con el cual finalizaba una etapa dentro de ese proceso, y, como ya se anotó, no susceptible de los recursos y las acciones.

5a.- Por las mismas razones anteriores se explica la legalidad de la Resolución No. 25-000-0027-85, que es el segundo acto demandado y por el cual se denegó el recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuestos contra la Resolución No. 25-000-0036-84, y, por lo mismo, la legalidad de la sentencia de primera instancia.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha noviembre 2 de 1988.

SEGUNDO: En firme esta sentencia, y previas las anotaciones de rigor, envíese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 7 de febrero de 1991.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríquez, José Padilla Villar, Ausente con excusa legal; *Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

Nota de la Relatoría. En idéntico sentido puede consultarse: Fallo de febrero 28/91.Exp. 40. Actor: Hernán Guillermo Aldana Duque. Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Sent. feb. 28/91. Exp. 355. Actor: Arturo Giraldo Botero. Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez.

JUEGOS PERMITIDOS/ PERMISO DE POLICIA/ INTERES PUBLICO

El lleno de requisitos legales es condición para que la Administración pueda otorgar la concesión del juego de apuestas permanentes, pero no configura el derecho al otorgamiento de la misma. Además del lleno de los requisitos, la administración debe hacer otra serie de consideraciones que atañen al interés, a la seguridad y la conveniencia colectivas. Fue ese interés público, concretado en la existencia de un número suficiente de personas, como para saturar el mercado, lo que determinó la negativa a la petición y no un requisito adicional a los establecidos legalmente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Myriam Guerrero de Escobar.*

Expediente No. 1099. Actor: Madrid Limitada. Apuestas Madrid y Compañía Limitada.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de octubre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

ANTECEDENTES

A. *LA DEMANDA*

1. La Sociedad "MADRID LTDA., APUESTAS MADRID Y CIA. LTDA." solicitó del Tribunal Administrativo del Quindío la declaratoria de nulidad de las Resoluciones No. 0561 de 29 de abril y de 28 de mayo de 1987

proferidas por la Beneficencia Departamental del Quindío, por medio de las cuales, respectivamente, negó a aquella la concesión para la explotación del juego de Apuestas Permanentes en el Quindío para 1987 y confirmó en todas sus partes la decisión anterior. Igualmente, formuló la actora, a manera de restablecimiento del derecho la concesión de la explotación del juego mencionado y, como indemnización de perjuicios, la condena al pago de las sumas de dinero que se demuestre fueron invertidas con el fin de atender la explotación del citado juego.

2. Como sustento fáctico se expone en la demanda, en resumen, lo siguiente:

a. La Ley 1a. de 1982 autorizó a las loterías establecidas y a las Beneficencias que las administran para utilizar los números de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de Apuestas Permanentes con premios en dinero, lo que comúnmente se ha denominado "chance" y dispuso su utilización por las mismas entidades autorizadas, o mediante contrato de concesión con particulares, opción esta última que la Beneficencia del Quindío adoptó.

b. Para explotar el juego de Apuestas Permanentes se constituyó la sociedad "MADRID LTDA., APUESTAS MADRID Y CIA. LTDA." y con fecha 4 de agosto de 1986 solicitó la concesión para la explotación del juego, con el lleno de todos los requisitos exigidos, tal como lo reconoció el Secretario General de la Beneficencia del Quindío el 11 de marzo de 1987.

c. El 24 de febrero de 1987 la Junta Directiva de dicha Entidad "autorizó a la Gerente para contratar directamente con todas aquellas personas naturales o jurídicas que cumplan con todos los requisitos legales exigidos por las normas vigentes para la explotación del juego de Apuestas Permanentes en el Departamento del Quindío para la vigencia del año de 1987, evitando con esto exclusividades o un monopolio para la explotación del Juego", y con base en tal decisión la actora incurrió en una serie de gastos y efectuó inversiones que le permitieran la explotación del juego que constituye su objeto social.

d. La solicitud elevada por la actora para la obtención de la concesión fue negada por Resolución No. 0561 de 30 de abril de 1987 con fundamento en que "pese a que la actora reunía los requisitos legales el criterio de mercado, imperante en la Junta, según el cual, el mercado de la ciudad de Armenia estaba saturado por existir ocho (8) empresas dedicadas a la explotación del juego de chance, sólo era posible dar nuevas licencias para explotar el juego fuera de Armenia". Contra la anterior providencia interpuso la interesada recurso de apelación ante la Junta Directiva, el cual fue resuelto en providencia de 28 de mayo de 1987, confirmando la Resolución antes citada, con el argumento de que el lleno de los requisitos exigidos al efecto no hace surgir la obligación de conceder la licencia, pues el control del correcto funcionamiento de las respectivas empresas impone restricción en cuanto al número de éstas a quienes se otorgue la concesión y ya dicho mercado se encuentra cubierto en forma más que suficiente, habiendo en el ejercicio de tal facultad discrecionalidad de la Administración, obviamente una vez acreditados los requisitos de ley.

e. Los actos acusados ocasionaron perjuicios a la actora que deben ser indemnizados, restableciendo, además, su derecho, en igualdad de condiciones con otros concesionarios, de explotar el juego en Armenia y demás municipios del Quindío.

3. Como normas violadas y concepto de su violación, expresó la actora, en síntesis, lo siguiente:

Se infringieron los artículos 16, 17, 32, 39 y 44 de la Constitución Nacional; 1° de la Ley 1a. de 1982; 26, literal B y 27 del Decreto No. 33 de 12 de enero de 1984, reglamentario de la Ley 1a. de 1982 y del Decreto No. 386 de 1983; 3°, inciso sexto del Decreto No. 01 de 1984.

En efecto:

a. La Ley 1a. de 1982 autorizó el juego de Apuestas Permanentes y su Decreto Reglamentario No. 33 de 1984, artículo 26, señaló los requisitos a satisfacerse por quienes aspiraran a explotar dicho juego, los que satisfechos por la actora, le otorgaban el derecho a obtener el contrato de concesión. Al ser desatendida su petición en tal sentido, se infringieron las normas antes citadas.

b. No se garantizó a la demandante la libertad de empresa y la iniciativa privada, ni la de escoger oficio o actividad y menos de la formar asociaciones o compañías con fines permitidos, desconociéndose así los artículos 32, 39 y 44 de la Carta, lo que conllevó al desconocimiento de los artículos 16 y 17 *ibídem*, pues no se le protegió en sus bienes y en su derecho al trabajo honrado.

Además, exigir requisitos distintos a los señalados en el Decreto 386 de 1983, por parte de funcionarios administrativos, constituye una intromisión indebida en las funciones del Congreso o del Presidente de la República que el artículo 55 de la Carta proscribe.

De otra parte, si el objetivo de la legalización del "chance" fue crear nuevas fuentes de financiación para los Servicios Seccionales de Salud, no es de incumbencia de las Beneficencias Departamentales determinar si el mercado de concesionarios está o no saturado. Su misión es recaudar los valores y transferirlos a los Servicios de Salud. Lo contrario presupone una odiosa discriminación que atenta contra el principio de imparcialidad consagrado por el inciso sexto del artículo 3° del Decreto Ley 01 de 1984.

c. Se incurrió en la expedición de los actos acusados en falsa motivación, pues ésta no puede consistir "en fórmulas de comodín" como lo ha sostenido el Consejo de Estado (Sentencia de 30 de agosto de 1977, ratificada por la de 4 de julio de 1984. Jurisprudencia y Doctrina No. 153, pág. 799) que fue lo que ocurrió en el presente caso, pues los argumentos de encontrarse saturado el mercado y de ser la decisión discrecional, son, el primero insuficiente y el segundo falso, pues la facultad es reglada.

d. Finalmente se configuró una desviación de poder al establecer requisitos distintos a los señalados en el Decreto 33 de 1984 por finalidades diferentes al bien común, límite de todos los derechos (fls. 31 a 44 del C. Principal).

B. *LA OPOSICION*

La Beneficencia Departamental del Quindío contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las súplicas de ésta y propuso las excepciones de indebida pretensión al solicitar del Tribunal, se tome una decisión que compete a la Administración, cual es la de otorgar la concesión para la explotación del juego y la de inexistencia del perjuicio causado (fls. 11 a 17 C. No. 2).

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Quindío en sentencia de 13 de octubre de 1988 denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora, con fundamento en los planteamientos que la Sala resume así:

1. Los artículos 16 y 17 de la Constitución consagran derechos y garantías que encuentran desarrollo en las normas legales que establecen de manera específica las condiciones de su ejercicio, el procedimiento para hacerlos efectivos, los organismos que ejercen el respectivo control, etc., normas estas que de ser desconocidas por medio de actuaciones administrativas, sí darían lugar a la nulidad de ellas. No se incurre en violación de los cánones constitucionales invocados por el hecho de que el Estado no alcance a poner a cada uno de los ciudadanos en situación de gozar plenamente de las garantías genéricamente en ellos consagradas, como lo ha sostenido el Consejo de Estado en sentencia de 12 de febrero de 1987. Sección Segunda, en la cual expresó:

> "El precepto que establece que 'el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado' (art. 17 C.N.) no puede ser violado sino mediante la transgresión de una norma legal que lo desarrolle, es decir, que instituya derechos y garantías en favor de todos los trabajadores o de determinada clase de ellos, como es el caso, por ejemplo, de las disposiciones laborales que consagran en beneficio de quienes prestan sus servicios en forma subordinada o independiente.
>
> "En un enunciado general el mencionado canon constitucional no consagra derechos y garantías de carácter concreto, sino que expresa un principio normativo que debe guiar al legislador, encargado de dictar las leyes relacionadas con el trabajo, y las autoridades obligadas a aplicarlas".

2. Los artículos 32, 39 y 44 de la Carta Política consagran las libertades de empresas, trabajo y asociación que no fueron desconocidas por la Administración, pues el hecho de que toda persona tenga derecho a dedicarse a cualquier empresa dentro de los límites del bien común (art. 32 C.N.), o de que pueda escoger

profesión u oficio (art. 39 C.N.), o de que tenga la libertad de formar asociaciones o fundaciones (a 44 C. N.) no quiere decir que las entidades públicas estén obligadas a conceder las explotaciones que constituyan el objeto de las empresas libremente creadas por los particulares; ni a emplear a todas las personas para que ejerzan la profesión que libremente hayan escogido; ni a asociarse con los particulares que a bien tengan concretar el derecho de formar compañías. Y todo ello, a pesar de que dichos particulares acrediten el lleno de los requisitos exigidos al efecto.

3. El artículo 1° de la Ley 1a. de 1982, que creó nuevas fuentes de financiación de los Servicios Seccionales de Salud, en razón de la autorización del juego de Apuestas Permanentes, no pudo ser violado, pues en ella no se consagran garantías de carácter particular que pudieran ser conculcadas, contiene una autorización a las loterías y beneficencias que las administran y tal autorización fue la ejercitada.

4. El cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 26, literal b. del Decreto No. 33 de 1984, no obliga a la Administración a autorizar al particular la explotación del juego de Apuestas Permanentes, pues allí no se dispone que satisfechos tales requisitos deba aquélla conceder la explotación del mismo. "Si así fuera y yendo al caso extremo de que en la municipalidad de Armenia se presentaran mil solicitudes de esa naturaleza y cada uno de los peticionarios reuniese la documentación y exigencias requeridas, mal podría la beneficencia del Quindío celebrar contrato de concesión con todos ellos, en detrimento del equilibrio económico y de las condiciones de mercado del municipio que, en consecuencia, quedaría saturado de empresas explotadoras del denominado "chance".

Se trata de una atribución o facultad para, que reunidos los requisitos, se conceda la explotación del juego, mas no de una obligación, como lo pretende la demandante.

5. La no expresión del concepto de violación del artículo 27 del Decreto No. 33 de 1984 impide el estudio del cargo.

6. Se parte de la base de que la Beneficencia del Quindío tiene plena facultad para conceder la autorización de explotación del juego del "chance" y por tanto, el acto que se expida negándola goza de la presunción de legalidad que compete destruir a la demandante, lo que no ocurrió en el evento *sub-judice*, pues la pretendida "odiosa discriminación" que la actora aduce como motivo oculto de los actos acusados, no fue materia de prueba.

Tampoco se configuró la desviación de poder, pues la razón esgrimida por la Administración consistente en la no conveniencia de la saturación del mercado, no es una exigencia, sino un motivo concebido con un sano criterio que soporta debidamente los actos impugnados.

7. Es improcedente la pretensión de otorgamiento de la concesión negada por los actos demandados, pues la Administración no puede ser compelida a

celebrar un contrato que a bien no tiene firmar por razones de diversa naturaleza y así lo ha expresado el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades, entre ellas en la sentencia citada por la actora (8 de febrero de 1985, expediente No. 2748, Jurisprudencia y Doctrina, julio de 1985, pág. 236 y 237). (Fls. 84 a 98 C. Principal).

EL RECURSO DE APELACION

Plantea el actor para sustentar su solicitud de infirmación del fallo recurrido, los planteamientos que la Sala sintetiza, así:

a. En la demanda no se afirmó, como lo dedujo el Tribunal, que se hubieran violado las garantías establecidas en los artículos 16, 17, 32, 39 y 44 de la Constitución, sino que al haber la actora satisfecho los requisitos establecidos por los artículos 26 y 27 del Decreto 33 de 1984 y a pesar de ello no haber otorgado la concesión, se desconocieron tales normas, como el principio de imparcialidad contenido en el inciso sexto del artículo 30 del C.C.A.

El lleno de tales requisitos es: el supuesto o hipótesis jurídica de cuya realización dependen las consecuencias de la norma, luego dado tal supuesto, nace el derecho en ella consagrado.

b. El motivo para negar el permiso o autorización fue el de que el mercado de Apuestas Permanentes en Armenia se encontraba saturado, sustento insuficiente pues no tiene relación directa con la decisión, a más de que la cifra que en los actos se expresa, ocho (8) empresas como suficiente para copar el mercado es caprichosa.

c. No analizó el Tribunal el cargo consistente en infracción del artículo 55 de la Carta, según el cual, el establecimiento de nuevos requisitos implica intromisión en las funciones del Congreso o del Gobierno.

d. Está acreditado en el proceso que las ocho firmas a quienes se les adjudicó la concesión fueron competidoras de la actora en el respectivo proceso de adjudicación y a ésta se le negó el derecho que a aquéllas se les concedió, luego está comprobada la discriminación de que fue objeto.

e. Finalmente alega que la jurisprudencia invocada en apoyo de la afirmación de la improcedencia de conceder la licencia, se refiere a un contrato de obra pública cuando se requiere de procedimiento de adjudicación y que ella fue materia de aclaración en sentencia de 8 de agosto de 1986 de la misma Sección Tercera (Tomo VIII Diccionario Jurídico, pág. 88). (Fls. 100 a 109 C. No. 1).

EL CONCEPTO DE LA FISCALIA

Solicita el señor Fiscal Primero ante esta Corporación se confirme el fallo recurrido y para ello aduce, en resumen, lo siguiente:

1. El acta No. 002 de marzo 18 de 1987 de la Junta Directiva de la Beneficencia Departamental del Quindío, base a la vez de la negativa de la solicitud de concesión, decidió legalizar los contratos existentes y no otorgar nuevos contratos en vista de la saturación en el mercado de la explotación del juego de Apuestas Permanentes para el año de 1987 y, hace constar que las autorizaciones para el otorgamiento de contratos se rigen únicamente por las necesidades del mercado.

"El artículo 32 de la Constitución Política tiene un carácter imperativo, pues no de otra manera se puede realizar o cumplir el mandato superior que dice: 'Pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado'. No en vano se considera el artículo 32 de la Carta como 'un conjunto de normas llamadas a modificar las estructuras económicas y sociales del país'. Y cuáles son los límites lógicos y jurídicos del intervencionismo del Estado? La existencia de un mercado, la iniciativa de los particulares, la libre empresa y la propiedad privada, todo ello enmarcado dentro del bien común y dirigido al mejoramiento armónico e integral de la comunidad. 'Dirigir la economía' no es sólo gobernarla, regirla, dar las reglas para el manejo de una empresa, sino también controlarla. Ya se había dicho en sentencia de 12 de junio de 1969: 'Hay en la Carta de 1886 preceptos claros que reservan al Estado la dirección, *control o regulación* de determinadas actividades o la imposición de ciertas cargas...".

La saturación del mercado de acuerdo con las necesidades del mismo, imponía la restricción de las concesiones.

Las libertades consagradas en los artículos 39, 44, 16 y 17 de la Constitución se hallan limitadas por el interés público o social y sujetas al desarrollo integrai y armónico de la comunidad (fls. 9 a 12 C. No. 4).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. No acierta el recurrente cuando pretende demostrar que el Tribunal incurrió en errada interpretación del concepto de violación de los artículos 16, 17, 32, 39 y 44 de la Carta, pues como bien lo afirma éste, de una parte, en ellos se contemplan derechos subjetivos y libertades públicas como expresión de unos principios o garantías genéricas, basamento de la estructura del régimen político-jurídico Colombiano, cuyo desarrollo se concreta en la ley.

El lleno de los requisitos establecidos por los artículos 26 y 27 del Decreto No. 33 de 1984 es condición para que la Administración pueda otorgar la concesión del juego de Apuestas Permanentes, pero no configura el derecho al

otorgamiento de la misma, no es éste una consecuencia que se desprenda automática de la satisfacción de tales requisitos, es apenas una exigencia que la Administración no puede obviar al momento de tomar la respectiva decisión para la cual cabe y debe hacer otra serie de consideraciones que atañen al interés, a la seguridad y a la conveniencia colectivas.

Fue precisamente el mencionado interés público, concretado en la existencia de un número suficiente de personas, como para saturar el mercado lo que determinó la negativa a la petición de la actora y, no como lo arguye ésta, el establecimiento de un requisito adicional a los previstos en las normas pertinentes del Decreto No. 33 de 1984.

II. El anterior planteamiento conduce a la conclusión de que tampoco se infringió el artículo 55 de la Carta, cargo cuyo análisis por parte del Tribunal echa de menos el recurrente.

En efecto, si el lleno de los requisitos establecidos en los artículos 26 y 27 del Decreto No. 33 de 1984 no configura el surgimiento de un derecho, sino la existencia de una mera expectativa cuya concresión se halla sujeta a consideraciones en torno al interés público, propias del resorte de la Administración, mal puede pretenderse erigir tales consideraciones en requisitos adicionales a los establecidos en la ley para conformar así una supuesta intromisión en las competencias del órgano Legislativo o en las del Gobierno Nacional.

III. El motivo aducido como fundamento para negar la concesión a la demandante, al contrario de lo que ésta afirma, tiene una relación directa con la decisión. La existencia de empresas en número más que suficiente para saturar el mercado, es un hecho que justifica suficientemente la decisión tomada y no puede la Sala aceptar que ello proviene del capricho de la Administración, pues estando el acto administrativo amparado por la presunción de legalidad y siendo los motivos elemento integrante del mismo, correspondía al actor demostrar la inexactitud o falsedad del mencionado supuesto, lo que no ocurrió, pues éste no allegó al plenario prueba alguna tendiente a demostrar que, dadas las condiciones del mercado, era procedente otorgar concesiones para la explotación del juego de Apuestas Permanentes, en número superior al señalado por la Administración.

IV. Como bien lo anota el señor Fiscal, en el Acta No. 002 de 18 de marzo de 1987 de la Junta Directiva de la Beneficencia Departamental del Quindío (fls. 5 a 10 C. No. 2) consta que la política sentada por ella para fines del otorgamiento de nuevos contratos Se centra en consideraciones atinentes a la saturación del mercado y, que por tanto, la autorización impartida a la Gerente por Acta No. 001 de 24 de febrero de 1987 para su celebración, se restringe a aquellos que con anterioridad se venían cumpliendo sin el lleno de todos los requisitos y que, por tanto, era necesario legalizar.

De otra parte, los cargos de ilegalidad aducidos han debido dirigirse contra la decisión de la Junta Directiva contenida en el Acta No. 002, pues las Resolu-

ciones demandadas son aplicación de ella y de manera general de la política trazada a este respecto por dicha Junta, como se hace constar en la misma Acta y, de otra parte, no probó la actora encontrarse entre las personas que venían desarrollando la menciona da actividad. Por el contrario, en la citada Acta se hace referencia a la Sociedad Actora como una de las empresas que por primera vez solicitan otorgamiento del respectivo contrato.

V. La jurisprudencia sentada en el fallo invocado por el Tribunal y aclarada, en decir del recurrente, en providencia posterior, no solamente es aplicable entratándose del contrato de obra pública, sino de manera general en todos aquellos casos en que la toma de una de cisión implique consideraciones atinentes al interés público o colectivo como ocurre en el caso debatido, pues no puede el juez en tales condiciones remplazar o asumir las funciones propias de la Administración sin invadir una órbita de competencia atribuida legalmente a la Rama Ejecutiva del Poder Público.

La Sala acoge los razonamientos expuestos tanto por el Tribunal, como por el señor Fiscal Primero de la Corporación, razones para que, a más de las consignadas anteriormente, le lleven a confirmar la sentencia recurrida.

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:

Primero.- Confírmase la sentencia de 13 de octubre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

Segundo.- Ejecutoriada la presente providencia y efectuadas las desanotaciones y constancias del caso, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Los Consejeros,

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente con excusa legal; *Rodrigo Vieira Puerta.*

ADMINISTRACION NACIONAL - Estructura/ **ADMINISTRACION CENTRALIZADA/ PROCURADOR GENERAL/ COMPETENCIA**

La Constitución no le otorga al Procurador General de la Nación la facultad de establecer la estructura del organismo a su cargo, sino apenas la de nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia (artículo 145-4) y cuyos empleos son creados por el Presidente (120-21), con sujeción a la estructura prevista en las Leyes (76-9). De manera que el Procurador General de la Nación carecía de competencia para crear órganos, dependencias o comisiones diferentes de los establecidos en sus normas orgánicas y, por consiguiente, fue ilegal la creación de la Comisión de Protección del Medio Ambiente a que se refiere el acto acusado.

DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución número 026 de 1985 (septiembre 24), expedida por el Procurador General de la Nación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Bogotá, D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 811. Actor: Camilo Gutiérrez Jaramillo.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda de nulidad que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Camilo Gutiérrez Jaramillo contra los artículos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la Resolución No. 026 de 1985 (septiembre 24), expedida por el señor Procurador General de la Nación y me-

diante los cuales se crea y reglamenta la Comisión de Protección del Medio Ambiente.

1. ANTECEDENTES

a. ***Los hechos de la demanda***

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 5 a 9):

1. De conformidad con el artículo 142 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, por un Procurador General de la Nación, por los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por los demás Fiscales que designe la Ley.

2. El artículo 143 de la Carta Fundamental asignó a los funcionarios del Ministerio Público la tarea de defender los intereses de la Nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas, supervigilar la conducta de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social. Por su parte el art. 3° de la Ley 83 de 1936, reorgánica de la Procuraduría General de la Nación, dispuso que el Procurador General desempeña por sí, las funciones especiales que le señale la Constitución y tiene a su cargo la dirección de las oficinas de la Procuraduría.

3. De otra parte, el Decreto Extraordinario 521 de 1971 atribuyó e individualizó la competencia de las dependencias de la Procuraduría y la Ley 25 de 1974 dispuso en su artículo 1° que el Ministerio Público comprende la Procuraduría General de la Nación y las Fiscalías y Personerías que establecen la Constitución y las leyes. Se determinó en esta Ley, además, la organización de la Procuraduría General de la Nación, la denominación y nomenclatura de los cargos, la planta de personal y las competencias y funciones del Viceprocurador y de los Procuradores Delegados.

4. Mediante el Decreto Extraordinario 2420 de 1968 se creó como establecimiento público el Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales, organismo este que por Decreto Extraordinario 133 de 1976 se denominó Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente INDERENA, y precisó sus funciones, las cuales están desarrolladas y detalladas en los estatutos de la entidad.

5. Mediante el Decreto extraordinario No. 2811 de 1974 se expidió el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, el cual reglamenta todas las materias relativas a este tema.

6. El señor Procurador General de la Nación, invocando sus facultades constitucionales y legales, creó la denominada "Comisión de Protección del

Medio Ambiente" mediante la Resolución No. 026 de 1985 como órgano de colaboración e integración entre la Procuraduría y diversas entidades oficiales.

b. *Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación*

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, que indica en la demanda y por las razones que se resumen a continuación (fls. 10 a 20):

1. Respecto del artículo 1o. de la Resolución No. 026 de 1985, proferida por el Procurador General de la Nación: Constitución Nacional, artículos 2°, 62 inciso 2°, 63 inciso 2°, 76 numeral 9°, 120 numerales 4 y 21, 145 numeral 4° e inciso final; Ley 83 de 1936, artículo 3°; Ley 25 de 1974, artículos 1 a 11; Decreto Extraordinario 521 de 1971 y Decreto 130 de 1976, artículos 37 y 38.

El artículo 2° de la Constitución Nacional consagra el principio del Estado de derecho y necesariamente el ejercicio de cualquier competencia por fuera de lo allí prescrito se traduce en una infracción a esta norma.

Los artículos 63 inciso segundo, 76 numeral 9, 120 numeral 4° y 145 numeral 4° de la Constitución Nacional al disponer un juego de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República para regular la estructura de las dependencias del Estado, revelan que la creación de empleos tanto en la administración como en el Ministerio Público es de competencia del Jefe del Estado, lo cual armoniza de manera congruente con el último inciso del artículo 145 de la Carta Fundamental que faculta al Procurador General para ejercer, entre otras funciones, las que le atribuye la Ley.

Los mecanismos de coordinación o colaboración son tarea del legislador al que compete proveerlos, modificando o complementando las normas de la administración nacional y es por ello que el Procurador General de la Nación, al haberse abrogado la facultad de dictar normas como las acusadas, introdujo una modificación a la administración pública, para lo cual carecía de competencia.

De conformidad con el último inciso del artículo 145 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público se encuentra organizado y regulado de acuerdo con normas que corresponde dictar al Congreso, las cuales señalan la denominación de los cargos, sus funciones, nomenclatura, etc. Reflejo de lo anterior son la Ley 83 de 1936, el Decreto Extraordinario 521 de 1971 o la Ley 25 de 1974. Es así como las citadas normas se han infringido por el artículo 1° del acto acusado por cuanto en ellas no se ha atribuido al Procurador General de la Nación competencia para modificar la estructura administrativa de esa Agencia del Estado.

La actividad de protección, conservación y defensa del medio ambiente fue atribuida por el legislador al INDERENA mediante el Decreto extraordinario 130 de 1976, art. 37 y 38 y si en el artículo 1° del acto acusado se coloca en cabeza

de la Comisión creada las mismas funciones que competen a aquél orga-nismo, ha de concluirse que el propósito del legislador se ha desdibujado.

2. Respecto del artículo 2° de la Resolución No. 026 de 1985, proferida por el Procurador General de la Nación: Constitución Nacional, artículos 62 inciso segundo, 145 inciso cuarto, Ley 25 de 1974 y Decreto extraordinario 521 de 1971. Además, del cargo de incompetencia, también aplicable a este artículo los literales d) e) y f) del artículo 2° infringen el inciso segundo del artículo 62 de la Constitución Nacional, toda vez que no compete al Procurador General de la Nación designar como representantes en la Comisión de Protección del Medio Ambiente a funcionarios de otros organismos del Estado, facultad ésta reservada a los Jefes de los mismos.

Del artículo que se analiza surge un contraste con el numeral 4° del artículo 145 de la Carta Fundamental, pues la facultad de nombramiento y remoción de que dispone la Procuraduría General de la Nación se refiere a los empleados de su inmediata dependencia, lo cual le impide sin violar también la Ley 25 de 1974 y el Decreto Extraordinario 521 de 1971, designar los miembros de la Comisión allí creada.

3. Respecto del artículo 3° de la Resolución No. 026 de 1985, proferida por el Procurador General de la Nación: Constitución Nacional, artículos 120 numeral 21 y 145; Decreto Extraordinario 521 de 1971; Ley 25 de 1974 y Decreto 130 de 1976, artículo 38.

Con relación a esta norma se formula el cargo de incompetencia del Procurador General de la Nación, tal como se expresó frente al artículo 1° enjuiciado, pero, además, al asignar funciones a la Comisión se viola el artículo 120 numeral 21 de la Carta, pues tal competencia está radicada en el Presidente de la República con sujeción a las leyes de que trata el ordinal 9° del artículo 76 y así lo ratifica el artículo 145 del mismo ordenamiento constitucional. Se incurre también en violación del artículo 38 del Decreto 130 de 1976, habida cuenta que el acto demandado en sus numerales 1°, 2°, y 4° atribuye funciones que están radicadas en cabeza del INDERENA.

Finalmente la norma acusada, en sus numerales 4° a 10, transgrede el artículo 145 de la Constitución Nacional, el Decreto Extraordinario 521 de 1971 y la Ley 25 de 1974 por cuanto las funciones que allí se asignan al Consejo son propias y típicas de la Procuraduría General de la Nación.

4. Respecto del artículo 4° de la Resolución No. 026 de 1985, los cargos son los mismos expresados frente al artículo 1°.

5. Respecto del artículo 5° de la Resolución No. 026 de 1985 Constitución Nacional, artículos 63 y 120 numeral 21 y Decreto Extraordinario 521 de 1971.

Además del cargo de incompetencia del Procurador General de la Nación para dictar esta norma, conforme a lo expuesto en el análisis de la ilegalidad del artículo 1°, cabe agregar que los funcionarios de la Procuraduría tienen señaladas sus funciones y su competencia en el Decreto Extraordinario 521 de 1971 y no es ni constitucional ni legalmente dable asignarles otras funciones, de tipo permanente, como lo hace el acto acusado.

c. *Las razones de la defensa*

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión el representante judicial de la Procuraduría General de la Nación expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 28 a 37 y 69 a 71):

1. Si bien es cierto que el artículo 142 de la Constitución Nacional dispone que el Ministerio Público será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que el Ejecutivo, en relación con la Procuraduría General de la Nación y para garantizar su autonomía, está desprovisto de facultades jerárquicas, funcionales y disciplinarias.

2. Es misión del Ministerio Público la defensa de los intereses de la Nación y promover la ejecución de las leyes, cometido éste que se logra con la Resolución impugnada, la cual no crea una nueva entidad ni altera la estructura de la administración pública nacional sino tan solo integra la "Comisión de Protección del Medio Ambiente" como mecanismo de colaboración entre los organismos del Estado encargados de la protección, preservación y manejo de los recursos naturales.

La unión de esfuerzos de las entidades a que se refiere el acto a cusado no altera ni su autonomía ni su independencia sino, por el contrario armoniza sus funciones con el objeto de defender mas eficazmente los recursos naturales de nuestro país.

3. El acto cuya nulidad se demanda no deroga ninguna disposición legal relacionada con el INDERENA, sino simplemente predica de este organismo su eficaz colaboración para lograr el cumplimiento de las normas que le atribuyen competencia en asuntos de protección, preservación y manejo de los recursos naturales.

4. No cabe predicarse la violación de las normas constitucionales invocadas por el actor, por cuanto de conformidad con los artículos 216 de la Ley 4a., de 1913, 4° de la Ley 83 de 1936 y con la Ley 141 de 1961, el Procurador General de Nación dispone de la facultad de solicitar informe a los funcionarios nacionales y exigir su colaboración y cooperación para el cumplimiento de sus funciones.

5. Finalmente, se afirma que el acto administrativo impugnado fue proferido por el Procurador General de la Nación, "en virtud de sus facultades constitucionales y legales, especialmente en lo dispuesto por el Decreto 521 de 1971, arts. 2° y 34".

d. *La actuación surtida*

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

1. Mediante providencia de enero 29 de 1988 se admitió la demanda, se ordenó la notificación al Fiscal de la Corporación y al Procurador General de la Nación, se ordenó oficiar a la entidad demandada para que remitiera los antecedentes administrativos del acto impugnado y se dispuso la fijación en lista (fl. 23).

2. Por auto visible a folio 68 se dio traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual solamente hizo uso la Procuraduría General de la Nación (fls. 69 a71).

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 75 a 79):

1. Por la Resolución demandada se creó una Comisión con la finalidad de servir de órgano de colaboración e integración entre la Procuraduría y las entidades oficiales encargadas por la ley de la protección, preservación y manejo de los recursos naturales renovables y sus funciones se circunscriben a escuchar las quejas solicitar informes e investigaciones y evaluarlas, solicitar la colaboración de las autoridades, velar porque en el presupuesto nacional se incluyan las partidas necesarias para la protección ambiental, se instauren oportunamente las acciones tendientes a evitar ocupación y usurpación de bienes públicos y las entidades públicas que tengan a su cargo la protección del ambiente cumplan la misión que les ha sido encomendada.

2. La composición de la Comisión creada mediante el acto acusado no crea cargos públicos, como lo plantea el actor; su conformación está dada por funcionarios en ejercicio de sus propias funciones.

3. La gestión a que se dirige la Comisión de Protección del Medio Ambiente no pasa de tener como objetivos aquellos a los que se refiere el Título XIV de la Constitución Nacional, es decir, aquellos que corresponden a la Procuraduría General de la Nación.

4. Finalmente considera la Fiscalía que no deben prosperar las súplicas de la demanda.

III. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

De acuerdo con el concepto de violación planteado por el demandante, los cargos de los cuales acusa el acto controvertido tienen que ver con varias razones de incompetencia del Procurador General de la Nación para proferirlo y con la ilegalidad del contenido del acto por asignar funciones que corresponden a otras autoridades.

En relación con la presunta incompetencia del Procurador General de la Nación, el actor fundamenta esta acusación en varios aspectos:

En efecto, plantea el demandante que al expedir el acto controvertido el Procurador violó las normas constitucionales y legales indicadas en los cargos, con fundamento en una serie de argumentaciones que mezclan y confunden la presunta incompetencia del Procurador para crear empleos con la incompetencia para modificar la estructura administrativa de la Procuraduría y para asignar funciones diferentes de las previstas en la Constitución y en la ley.

Sobre el primer aspecto para la Sala es suficiente hacer notar que el acto demandado en ninguno de sus artículos ha creado empleos.

En efecto, la ley colombiana ha definido como empleo "el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la Administración Pública" (art. 2° del Decreto-Ley 1042 de 1978, que repitió en su esencia lo previsto en el art. 2° del Decreto 2400 de 1968 y en el art. 6° del Decreto 1950 de 1973). Además, el Parágrafo 2° del art. 3° del Decreto 2400 de 1968 aclara que "las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieren su representación en las juntas directivas... o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos".

Frente a esas normas puede observarse que por el art. 1° del acto acusado se crea la Comisión de Protección del Medio Ambiente, que no constituye un empleo sino que es un órgano colegiado de colaboración e integración entre la Procuraduría y las entidades oficiales encargadas por la ley de la protección, preservación y manejo de los recursos naturales renovables, como allí mismo se lee. En el art. 2° se establece la composición de la Comisión sin que pueda afirmarse que se crean empleos para los miembros, pues todos ellos, tanto miembros de entidades públicas como privadas, participan en la comisión en virtud de la calidad que ya tienen o por representación de una persona jurídica, en la cual ejercen su propio empleo. Mediante el art. 3° simplemente se enumeran las funciones de la Comisión. Por el art. 4° se precisan los aspectos referentes a convocatoria de la Comisión y a las personas que pueden ser invitadas y oídas. Por su parte, el art. 5° se refiere a un grupo de trabajo de apoyo a la Comisión, integrado por los funcionarios de la Procuraduría que designe el Viceprocurador, pero que no se traduce tampoco en la creación de cargos, ya que debe entenderse que se trata de funcionarios que laboran en cargos de la planta de personal de la

Procuraduría y no de nuevos funcionarios. El art. 6° se limita a prever que la Comisión tendrá un Secretario Ejecutivo, quien será además el jefe del grupo de trabajo a que se refiere el art. 5° y que, por lo mismo, no se trata de la creación de un cargo nuevo, además de que este artículo no fue demandado. Finalmente, el art. 7° expresa que la resolución rige desde la fecha de su expedición.

Pero en relación con el cargo de incompetencia para modificar la estructura administrativa de la Procuraduría, la Sala considera que asiste razón al demandante, por las siguientes consideraciones:

1o. De conformidad con la atribución 9a. del art. 76 de la Constitución Política, corresponde al Congreso la función de determinar la estructura de la administración nacional. Si bien esta norma constitucional se refiere expresamente a la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, una sana y lógica interpretación implica que ella es aplicable no solo de manera estricta a esos organismos, sino a los demás organismos o dependencias nacionales y aún no solo a la creación misma de aquellas entidades, sino a la determinación de su estructura interna. Además, esta norma está estrechamente ligada al numeral 21 del art. 120 de la Carta, que consagra para el Presidente de la República la facultad de crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos *y los subalternos del Ministerio Público* (Subraya la Sala) y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9° del artículo 76, con lo cual se confirma que las leyes aludidas incluyen la estructura del ministerio público, que es ejercido por el Procurador General de la Nación, por los demás fiscales y funcionarios que consagran la Constitución y la ley y que se encuentran organizados bajo la estructura de la Procuraduría General de la Nación.

Lo anterior se corrobora aún más por el hecho de que la Constitución no le otorga al Procurador General de la Nación la facultad de establecer la estructura del organismo a su cargo, sino apenas la de "nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia", según lo expresa la función 4a. del art. 145 y cuyos empleos son creados por el Presidente con fundamento en el numeral 21 del art. 120, con sujeción, a su vez, a la estructura prevista en las leyes a que se refiere el ordinal 9° del art. 76.

Consecuente con lo anterior, tradicionalmente la ley ha determinado con precisión la estructura de la Procuraduría General de la Nación, como puede verse, entre otras normas, en la Ley 83 de 1936, el Decreto Ley 521 de 1971 y la Ley 25 de 1974.

En los dos últimos estatutos citados, se llega, inclusive, a establecer con precisión los siguientes consejos y comisiones que conforman las Unidades Coordinadoras y Asesoras: Consejo Consultivo, Consejo Superior de Policía Judicial (antes llamado Consejo Coordinador de la Policía Judicial), Comisión de Personal y Junta de Compras. De otra parte, en ninguna de las normas de esos estatutos

legales, orgánicos de la Procuraduría, se prevé, como no podría preverse, que el Procurador pudiera crear otras dependencias, comisiones o consejos diferentes de los allí establecidos.

De tal manera que, en virtud de las normas anteriores, la Sala considera que el Procurador General de la Nación carecía de competencia para crear órganos, dependencias o comisiones diferentes de los establecidos en sus normas orgánicas y, por consiguiente, fue ilegal la creación de la Comisión de Protección del Medio Ambiente, a que se refiere el acto acusado.

2o. La conclusión anterior no es desvirtuada por ninguno de los genéricos y un tanto incoherentes argumentos presentados por los apoderados de la Procuraduría en la contestación de la demanda y repetidos simplemente en el alegato de conclusión, como pasa a verse:

Dicha conclusión nada tiene que ver con el hecho controvertible de que el ejecutivo tenga o no en relación con la Procuraduría "las facultades jerárquica, funcional y disciplinaria" y que, en consecuencia, pueda o no ser autónoma, pues es evidente que su autonomía no puede llegar más allá de la Constitución y de la ley.

Tampoco se desvirtúa la conclusión por el reconocimiento que obviamente comparte la Sala, de que al Ministerio Público le corresponde como misión la defensa de los intereses de la Nación y de la sociedad, promoviendo la ejecución de las normas, pues es evidente que dichas defensas y promoción debe realizarlas dentro del marco de la Constitución y de las leyes, que en materia de soporte administrativo le imponen unas dependencias y órganos con los cuales debe realizar dicha misión.

De la misma manera, no se oponen a la conclusión mencionada los principios de independencia y colaboración armónica de las Ramas del Poder Público y la búsqueda de la racionalidad en el ejercicio de la misión encomendada, pues, por el contrario, la Sala encuentra aquí un típico ejemplo de colaboración en el sentido de que la Constitución crea la Procuraduría y le otorga sus funciones básicas, defiere a la ley la atribución de otras funciones y el establecimiento de su estructura interna, y, finalmente, confiere al ejecutivo la facultad de crearle los empleos necesarios para el racional ejercicio de su misión.

No tiene que ver nada tampoco con la ilegalidad del acto demandado la posible exigencia utópica que plantea el apoderado de la Procuraduría en el sentido de "exigir al Procurador General de la Nación la realización de la totalidad de sus deberes siempre personalmente", pues es evidente que la misma ley ha distribuido las funciones de la Procuraduría entre los distintos funcionarios y dependencias que hacen parte de ella, además de que el Procurador conserva su facultad de delegar funciones de acuerdo con las normas que existan sobre el particular.

La Sala no encuentra tampoco la relación entre la posible legalidad del acto acusado y la conclusión de la defensa en el sentido de que "del ejercicio de la función pública se busca el equilibrio social entre gobernantes y de éstos con los gobernados".

En el mismo orden de ideas, la Sala no considera que las ya reconocidas atribuciones constitucionales del Procurador General de defender los intereses de la Nación y de la sociedad, y de promover la ejecución de las leyes, lo habilite para crear órganos o dependencias no previstos en la Constitución ni en la ley, muchos menos comprometiendo la participación de funcionarios de otras dependencias administrativas y aún de personas privadas, pues es obvio que dichas atribuciones debe ejercerlas con los instrumentos que las citadas Constitución y ley le suministran.

Finalmente, la Sala hace notar que no encuentra ningún apoyo de la Resolución acusada en las únicas normas que los apoderados de la Procuraduría que actuaron en su presentación encontraron finalmente para su defensa, como son los arts. 2° y 34 del Decreto 521 de 1971. Basta con leer dichas normas para constatar que de ninguna de ellas resulta la competencia o el fundamento para que el Procurador General de la Nación pudiera crear la Comisión a que se refiere el acto acusado.

En efecto, el art. 2° del Decreto 521 de 1971, al referirse a las funciones del Despacho del Procurador General expresamente indica las siguientes: "Elaborar los conceptos y providencias y ejecutar los actos y gestiones que debe dar, dictar y realizar personalmente el Procurador, así como impartir las órdenes para el adecuado funcionamiento de todas las dependencias de la Procuraduría General y de las demás oficinas del Ministerio Público". A continuación dicho artículo hace una larga enumeración de funciones con relación a la Policía Judicial.

Por su parte, el art. 34 del Decreto 521 de 1971 se limita a expresar lo siguiente: "Además de las funciones determinadas en el presente Decreto, las diversas dependencias cumplirán las funciones señaladas en las disposiciones legales vigentes y las que le asigne el Procurador General, quien, además, podrá redistribuirlas en cualquier tiempo".

Para la Sala son suficientes las anteriores consideraciones para concluir sobre la ilegalidad de los artículos demandados, sin necesidad de referirse a los demás argumentos del actor.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en desacuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Declárase la nulidad de los artículos primero, segundo tercero, cuarto y quinto de la Resolución No. 026 de 1985 (septiembre 24), expedida por el señor Procurador General de la Nación.

Segundo.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

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 catorce de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, José Padilla Villar, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPEDIMENTO/ RECUSACION

Dada la regulación legal de los impedimentos y las recusaciones, la Sala considera que se trata fundamentalmente de una situación individual del funcionario o autoridad afectada por una de las causales legales, que implica, en primer lugar, un deber de darla a conocer por parte de la misma autoridad. Si ello no es así, el interesado tiene la posibilidad legal de iniciar el trámite tendiente a impedir que esa autoridad tome la decisión o participe en ella, para lo cual, inclusive, se suspenderá el procedimiento. Si ninguna de las dos situaciones se produce y la decisión es tomada, no puede pretenderse que por ese solo hecho la decisión sea ilegal. Tal vez ello podría configurar una conducta personal irregular.

CARGA DE LA PRUEBA/ PARTIDO CONSERVADOR - Estatutos/ **PARTIDO CONSERVADOR** - Dignatarios

Si bien las pruebas allegadas no se refieren expresamente al sistema de elección utilizado, de ellas no resulta que dicha elección se haya producido por el sistema de aclamación y no por votación secreta y por el sistema de cuociente electoral previa inscripción de listas, como lo exige el art. 17 de los Estatutos del Partido Conservador Colombiano. Por el contrario, de una de esas referencias si resulta que hubo inscripción de listas, pero que solo una fue inscrita.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 389. Actor: Carlos Augusto Noriega.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Carlos Augusto Noriega en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Resolución número 7 del 28 de enero de 1986, proferida por el Consejo Nacional Electoral.

1. ANTECEDENTES

a. ***El acto acusado***

Por medio del acto acusado el Consejo Nacional Electoral adoptó las siguientes decisiones:

1. Reconoció personería jurídica al Partido Conservador Colombiano y ordenó su registro.

2. Inscribió a los miembros del Directorio Nacional del Partido Conservador Colombiano y,

3. Ordenó que dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la providencia el Partido Conservador Colombiano registrara los libros de contabilidad señalados por la Corte Electoral mediante la Resolución No. 1 de 1985.

b. ***Los hechos de la demanda***

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 122 a 133):

1. El Directorio Nacional Conservador, mediante Resolución No. 19 de 1984 (mayo 30), convocó extraordinariamente la Convención Nacional del Partido Conservador para el 6 de julio del mismo año y estableció que ésta se ceñiría a los Estatutos vigentes.

2. El 6 de julio de 1984 se reunió en el Salón Rojo del Hotel Tequendama la Convención Nacional del Partido Conservador, la cual, en vez de ceñirse al artículo 17 de los Estatutos del Partido, que ordena que el Directorio Nacional de esa colectividad se ha de elegir en "...votación secreta y por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas", y sin que en ningún caso pueda ser elegido por aclamación, los convencionistas eligieron el Directorio por este último procedimiento.

3. Luego de entrar en vigencia la Ley 58 de 1985, numerosos conservadores, bajo la conducción de doña Bertha Hernández de Ospina, solicitaron ante la Corte Electoral el reconocimiento de personería jurídica al Partido Conservador de Colombia y la inscripción del Directorio Provisional, petición que fue resuelta negativamente mediante el Acuerdo No. 24 de 1985 (octubre 30). Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición.

4. Toda vez que el Directorio Nacional Conservador resultante de la Convención Nacional celebrada el 6 de julio de 1984, solicitó a la Corte Electoral el reconocimiento de personería jurídica para el Partido Conservador Colombiano y la inscripción de dicho Directorio, el actor en asocio del doctor Víctor Velásquez Reyes se dirigió al organismo electoral para oponerse a la solicitud elevada en virtud de que ésta carecía de legitimidad para el adelantamiento del trámite, al no haber sido elegido con sujeción al artículo 17 de los Estatutos del Partido.

5. El Consejo Nacional Electoral en su reunión del 28 de enero de 1986 y mediante la Resolución No. 3 negó el recurso de reposición interpuesto por la parte actora contra el Acuerdo No. 24 del 30 de octubre de 1985 proferido por la Corte Electoral. Igualmente, por Resolución No. 7 de la misma fecha, cuya nulidad se demanda, se reconoció y registró la personería jurídica del Partido Conservador Colombiano, decisión ésta frente a la cual los Consejeros Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo se abstuvieron de votarla por haber participado como delegados en la Convención Nacional Conservadora de 1984, que eligió al Directorio Nacional Conservador.

6. En el texto de la Resolución demandada el Consejo Nacional Electoral se pronunció sobre la oposición formulada por la actora al reconocimiento de personería jurídica para el Partido Conservador Colombiano y la inscripción del Directorio, manifestando que en su opinión "...el hecho de que solo ahora se disponga sobre el reconocimiento del partido y la inscripción de sus directivas, determina que no es ésta la oportunidad adecuada para proveer sobre el particular, puesto que la norma señala un plazo posterior para impugnar la designación de directivos. En consecuencia, se desecha la oposición".

Mediante memorial del 12 de febrero de 1986 dirigido al Consejo Nacional Electoral, la parte actora impugnó nuevamente la directiva conservadora cuya inscripción llevó a cabo el Consejo Nacional Electoral, por violación de los Estatutos del Partido.

7. En escrito del 11 de abril de 1986 la parte actora insistió ante el Consejo Nacional Electoral en la impugnación de la directiva conservadora y sustituyó la prueba solicitada de la declaración del expresidente Misael Pastrana por certificación jurada de los dos consejeros participantes en la Convención Nacional Conservadora, doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo.

8. Mediante comunicación del 18 de abril de 1986 el Registrador Nacional del Estado Civil, Secretario del Consejo Nacional Electoral, dio respuesta al escrito del 11 de abril de 1986 de que se da cuenta en el numeral anterior. En ella se expresa que en la reunión del 28 de enero de 1986, mediante Resolución No. 7, se reconoció el Partido Conservador Colombiano y que como no se decidió sobre la oposición formulada no hubo lugar a impedimento, no obstante lo cual los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo se abstuvieron de intervenir en la decisión. Se señala también en la misma comunicación que el 20 de marzo de 1986 la Corporación dio lectura al memorial por el cual se impugnó

la designación del Directorio Nacional del Partido Conservador Colombiano, frente a lo cual los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo se declararon impedidos para conocer del asunto por haber participado en la Convención que hizo la elección que se discute. Por último se indica en la comunicación que el Consejo aceptó el impedimento y que se procedió al sorteo de conjueces.

9. Ante la demora del Consejo Nacional Electoral para decidir sobre las peticiones formuladas por la parte actora, se pidió una vez más la práctica de la prueba consistente en la certificación jurada de los dos Consejeros Impedidos y con fecha 25 de junio de 1986 el demandante solicitó abrir investigación al Procurador General de la Nación.

10. Por Resolución No. 36 del 26 de junio de 1986 el Consejo Nacional Electoral se declaró inhibido para decidir en el fondo la impugnación propuesta por considerar, entre otros aspectos "...que no era viable la impugnación de la elección o designación de la Directiva del Partido Conservador Colombiano realizada el 6 de julio de 1984, con invocación de una ley expedida y promulgada un año después y que consagra ese medio procesal con término preciso de quince días para su efectividad".

c. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.***

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda (fls. 133 a 141).

PRIMER CARGO.- ***Violación del Artículo 1º de la Ley 58 de 1985.***

Esta norma consagra que las autoridades reconocerán y garantizarán a los ciudadanos el derecho a organizarse en partidos políticos, los cuales se regirán por sus propios Estatutos. El Consejo Nacional Electoral al reconocer mediante el acto acusado personería jurídica al partido Conservador Colombiano y ordenar su registro no tuvo en cuenta que dicha colectividad política no se rigió por sus propios Estatutos, toda vez que la Convención Nacional Conservadora en su reunión del 6 de julio de 1984 al no elegir al Directorio Nacional en votación secreta y por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas, violó el Artículo 17 de dichos Estatutos.

SEGUNDO CARGO.- ***Violación del Artículo 4º de la Ley 58 de 1985.***

Al establecer esta norma que los partidos políticos deberán solicitar el reconocimiento de su personería jurídica mediante memorial suscrito por sus directivas, indica que el Consejo Nacional Electoral no podía mediante el acto acusado despachar favorablemente las solicitudes elevadas por el Directorio Nacional Conservador, por cuanto éste carecía de legitimidad de personería al no haber sido elegido de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de sus Estatutos.

TERCER CARGO.- ***Violación del Artículo 5° de la Ley 58 de 1985.***

Dispone este artículo que los partidos inscribirán ante el organismo electoral los nombres de las personas que, de acuerdo con sus Estatutos, hayan sido elegidos o designados para integrar sus órganos de gobierno y administración. Lo expresado con el concepto de la violación del artículo 4° de la misma ley cobra validez en este análisis, pues el Directorio Nacional Conservador integrado por personas cuya inscripción ordenó el Consejo Nacional Electoral en el acto demandado no fue elegido de acuerdo con los Estatutos del Partido Conservador sino mediante grave violación de estos. Cabe añadir, además, que también con violación del mencionado artículo 5° se reconoció como autoridades del Partido Conservador a personas que no estaban debidamente inscritas.

CUARTO CARGO.- ***Violación de los Artículos 3°, inciso 6° y 30 del C.C.A. y 141 y 142, numerales 1° y 12, del Código de Procedimiento Civil.***

Con el fin de garantizar el principio de imparcialidad, que el C.C.A. consagra como deber imperativo de todas las autoridades en las actuaciones administrativas, las citadas normas aplican a los funcionarios facultados para proferir decisiones definitivas las causales de recusación, que a su turno lo son de impedimento, manifestables por escrito motivado.

Del acervo probatorio surge incuestionablemente que los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo se hallaban impedidos para intervenir en cualquier tipo de actuaciones que promovieran todas las corrientes, sectores, grupos o matices conservadores con base en la Ley 58 de 1985.

El hecho de que los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo hubieran participado en la Convención Nacional Conservadora sin manifestar discrepancia con la violación estatutaria allí consumada, significa que ellos se situaron del lado de quienes cometieron el acto de violar los Estatutos del Partido y como miembros del Consejo Nacional Electoral estaban legalmente impedidos para fallar las demandas de los dos sectores conservadores en pugna. Pero la situación fue completamente diferente. Mediante la Resolución No. 3 del 28 de enero de 1986, aprobada por todos los miembros del Consejo, se le negó al sector conservador encabezado por doña Bertha Hernández de Ospina todo cuanto había pedido y por Resolución No. 7 de la misma fecha se accedió a las peticiones formuladas por el llamado Directorio Nacional Conservador, con el *item* de que para la aprobación de esta Resolución se abstuvieron de votarla los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo, sin declararse impedidos para permitir la intervención de Conjueces.

QUINTO CARGO.- ***Violación del Artículo 3°, inciso 3° del C.C.A.***

Se predica la violación de esta norma, que consagra el principio de celeridad en las actuaciones administrativas, debido a las demoras por parte del Consejo

Nacional Electoral en el trámite de la impugnación que intentó el actor ante el mismo organismo.

SEXTO CARGO.- ***Violación del Artículo 84 del C.C.A.***

El acto demandado fue expedido por funcionarios incompetentes por cuanto los Consejeros Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo, cuyo impedimento estaba establecido, intervinieron de manera indirecta en su expedición al negarles a unos conservadores todo lo que pedían y concederles a otros todo lo que solicitaban. Al procederse a la adopción de la Resolución No. 7 de 1986, el Consejo Nacional Electoral la aprobó con votación de tan sólo cinco consejeros y al no haber designado conjueces para substituir a los dos que se abstuvieron de hacerlo, el organismo adoleció de incompetencia para proferir el acto. Se predica la expedición del acto en forma irregular pues sus propios beneficiarios aportaron a la solicitud la prueba de carecer de legítima personería para obrar en nombre del Partido Conservador, hecho que les constaba, como atrás se expresó, a los Consejeros Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo. La falsa motivación de la Resolución acusada aparece de bulto en los términos con que se desechó la oposición a las declaraciones demandadas por la parte actora. Además, se acusa el acto demandado por no haberse practicado las pruebas solicitadas.

SEPTIMO CARGO.- ***Violación del Artículo 20 de la Constitución Nacional.***

Toda vez que si los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, extralimitación en sus funciones u omisión en el ejercicio de las mismas, la violación de las normas ya indicadas por parte del Consejo Nacional Electoral implica la declaratoria de nulidad del acto demandado.

d. ***Las razones de la defensa***

En la contestación de la demanda la parte demandada, representada en el proceso por curador *ad litem*, expresa lo siguiente (fls. 180 y 181):

1. Por desconocimiento de los hechos de la demanda se abstiene de aceptarlos o negarlos y se atiene a los que resulten probados.

2. Igualmente, por desconocimiento de la situación fáctica que dio origen a la demanda, no le es posible proponer excepciones ni fundamentar la defensa, razón por la cual solicita que la decisión se produzca con base en lo que resulte probado.

3. Se solicita la declaratoria de perención del proceso por haber permanecido más de seis meses sin impulso del demandante.

4. Se considera que la demanda es inconstitucional y por ende adolece de falta de los requisitos formales pues es de carácter notorio el hecho de que la actual denominación de la colectividad es Partido Social Conservador.

e. *La actuación surtida*

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

1. Mediante providencia visible a folios 144 a 147 se admitió la demanda y se dispuso notificar la providencia al Fiscal de la Corporación, al Presidente del Consejo Nacional Electoral, al doctor Rodrigo Lloreda Caicedo como Presidente del Directorio Nacional Conservador, fijar el negocio en lista y solicitar los antecedentes administrativos. En la misma providencia se denegó la suspensión provisional solicitada.

2. En virtud de no haber sido posible notificar el auto admisorio de la demanda al Presidente del Directorio Nacional Conservador. Por auto del 14 de agosto de 1987 se dispuso hacer el emplazamiento correspondiente (fl. 153).

3. Por auto visible a folio 173 se designó curador *ad litem* al doctor José Roberto Ramírez Gastelbondo, quien tomó posesión de su cargo según consta en diligencia que obra a folio 175.

4. Mediante auto del 16 de marzo de 1989 se dispuso tener como pruebas de la parte actora las acompañadas con la demanda, se solicitó al Consejo Nacional Electoral informar sobre la denominación vigente del Partido Conservador o Social Conservador y no se accedió a decretar la perención del proceso (fl. 185).

5. Dentro del término de traslado para alegar de conclusión ninguna de las partes presentó escrito.

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 195 a 200).

1. Del Acto de la sesión de la Convención Nacional del Partido Conservador celebrada el 6 de julio de 1984 se deduce que:

a) Hubo amplio *quorum* decisorio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de los Estatutos del Partido;

b) Se nombró una Comisión Compromisoria para que de acuerdo a la realidad política fruto del proceso de unión cumplido por el partido, sugiriera la designación de un Directorio Nacional Conservador compuesto por nueve miembros principales y nueve suplentes;

c) Ante una Convención extraordinaria el proceso de selección no podía ser otro que del mismo carácter. Tal como lo consignó la comisión, se trató de una

convención *sui generis* toda vez que su única función era culminar un largo proceso de conciliación y reagrupamiento de tendencias, criterios e intereses, mediante la elección de un Directorio que consolidara definitivamente la unión conservadora y por ello se dio el procedimiento excepcional de "presentar lista" producto del consenso, y

d) Se dejó constancia de que en la Convención Nacional no se presentaron más listas de candidatos.

2. La Convención Nacional del Partido Conservador del 6 de julio de 1984 no tenía por qué ceñirse a los lineamientos de la Ley 58 de 1985 por cuanto ésta empezó a regir sólo desde el 20 de agosto del mismo año, es decir trece meses después de haberse celebrado aquella.

3. En cuanto al impedimento existente para dos de los Consejeros "...tenemos que se constata en el contexto de la Resolución acusada que ella fue firmada por cinco de los siete Consejeros del Consejo Nacional Electoral ya que dos de los asistentes se abstuvieron de votar por participación anterior".

4. Finalmente y de acuerdo con lo anterior, el colaborador Fiscal no encuentra suficientes motivos para que puedan prosperar las súplicas de la demanda.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a analizar los diferentes cargos de la demanda en el mismo orden en que fueron planteados, así:

EN RELACION CON LOS CARGOS PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO.- Como el fundamento de hecho de estos cargos es el mismo, consistente en que la Convención Nacional Conservadora, en su reunión del 6 de julio de 1984, no eligió el Directorio Nacional en votación secreta y por el sistema de cuociente electoral, previa inscripción de listas, como lo ordena el art. 17 de los estatutos de la colectividad, sino por el procedimiento de aclamación, la Sala procede a examinarlos en su conjunto. A este respecto,se observa lo siguiente:

1. De acuerdo con el art. 17 de los Estatutos del Partido Conservador Colombiano, que aparecen a folios 31 a 44 del Cuad. No. 1, "La elección del Directorio Nacional se hará en votación secreta, y por el sistema de cuociente electoral previa inscripción de listas. En ningún caso, el Directorio podrá ser elegido por aclamación, y su número no podrá pasar de nueve miembros principales con sus respectivos suplentes".

2. En relación con el tema de la elección de Directorio Nacional, en el acta de la Convención Nacional, que obra en copia auténtica a folios 27 a 30 del Cuad. No. 1, solamente aparecen los siguientes apartes:

"Terminada la exposición del Jefe del Partido, doctor Misael Pastrana Borrero, la Convención designó la siguiente Comisión Compromisoria: Gilberto Arango Londoño... (siguen varios nombres) para que de acuerdo a la actual realidad política fruto del proceso de unión cumplido por el partido, sugiera a la Convención Nacional Extraordinaria la designación de un Directorio Nacional Conservador compuesto por nueve (9) miembros principales y nueve (9) suplentes escogido indiscriminadamente por orden alfabético. Esta Comisión rindió su informe del cual se extractan los siguientes apartes: "porque se trata de una Convención que tiene un carácter *sui generis*, pues su única función es culminar un largo y delicado proceso de conciliación y reagrupamiento de tendencias, criterios e intereses, mediante la elección de un Directorio Nacional que consolide definitivamente la unión, hemos escogido el procedimiento excepcional de presentarles una lista que no dudamos en llamar de consenso de la unidad conservadora, con la esperanza de que cuente con los votos de todos ustedes, en un nuevo y desinteresado acto de fe en el fortalecimiento y misión trascendental de nuestra colectividad".

"La Comisión presentó a la consideración de la Convención la siguiente lista de candidatos principales y suplentes para integrar el Directorio Nacional Conservador (9 principales y 9 suplentes) indiscriminadamente en orden alfabético: Andrade Manrique Felio, ...(siguen más nombres). Abierta la votación sin que se presentara ninguna otra lista de candidatos, la Convención eligió sin modificaciones la nómina anteriormente inscrita. Al declararse el acto (sic) el Directorio Nacional Conservador el ex-Ministro, doctor Carlos Augusto Noriega, manifestó su inconformidad por la forma de elección y algunos delegados de Boyacá y Nariño igualmente manifestaron su inconformidad por no haberse incluido en el Directorio Nacional representantes o voceros de sus respectivos departamentos...".

3. En el escrito de solicitud de reconocimiento de personería jurídica y de inscripción de los miembros del Directorio Nacional del Partido Conservador Colombiano, que aparece a folios 45 a 60 del Cuad. No. 1, en el capítulo de PRUEBAS se manifiesta lo siguiente: "La actual nómina de Miembros del Directorio Nacional del Partido Conservador Colombiano fue elegida durante la Convención Nacional del Partido, reunida en el Salón Rojo del Hotel Tequendama el día viernes 6 de julio de 1984, según consta en el Acta de la Convención, que se acompaña con este documento".

4. En La Resolución No. 7 de 1986, que es el acto acusado y que obra en copia auténtica a folios 1 a 4 del Cuad. No. 1, en unas de sus consideraciones se expresa lo siguiente:

"A juicio de la Corporación se ha dado cumplimiento a las exigencias de la Ley 58 del 18 de julio de 1985 para reconocer la agrupación política que ha formulado la solicitud que se decide por medio de esta providencia.

"En primer lugar, el memorial petitorio fue suscrito y presentado por quienes ostentan la calidad formal de directivos del partido, como lo exige el artículo 4° de la ya citada Ley 58 que a la letra dice:

"...

"OPOSICION:

"Los ciudadanos Carlos Augusto Noriega,y Víctor Velásquez Reyes se han opuesto a las declaraciones demandadas aduciendo que la Convención Conservadora no cumplió con los ritos fijados en los Estatutos al elegir Directorio Nacional. Solicitaron la práctica de pruebas de tal hecho.

"En opinión del Consejo, el hecho de que solo ahora se disponga sobre el reconocimiento del partido y la inscripción de sus directivos, determina que no es ésta la oportunidad adecuada para proveer sobre el particular, puesto que la norma señala un plazo posterior para impugnar la designación de directivos".

5. En la Resolución No. 36 de junio 26 de 1986, que obra a folios 118 a 120 del Cuad. No. 1, el Consejo Nacional Electoral decidió declararse inhibido para decidir en el fondo la impugnación propuesta, considerando que "no era viable la impugnación de la elección o designación de la Directiva del Partido Conservador Colombiano realizada el día 6 de julio de 1984, con invocación de una ley expedida y promulgada un año después y que consagra ese medio procesal con término preciso de quince días para su efectividad".

Las anteriores son las únicas referencias sobre la elección del Directorio Nacional Conservador realizada el 6 de julio de 1984, a excepción de las expresadas por el actor, que aparecen en el acervo probatorio que consta en los dos cuadernos que conforman el expediente.

Como puede concluirse fácilmente, si bien dichas pruebas no se refieren expresamente al sistema de elección utilizado, de ellas no resulta que dicha elección se haya producido por el sistema de aclamación y no por votación secreta y por el sistema de cuociente electoral previa inscripción de listas, como lo exige el art. 17 de los Estatutos del Partido Conservador Colombiano. Por el contrario, de una de esas referencias si resulta que hubo inscripción de listas, pero que solo una fue inscrita.

Todas las demás referencias al tema de la elección presuntamente por el sistema de aclamación provienen unilateralmente del mismo actor, así:

- En el escrito de fecha 26 de noviembre de 1985, que obra a folios 61-62 del Cuad. No. 1, en el cual, junto con el abogado Víctor Velásquez Reyes, solicita a la Corte Electoral que se niegue la solicitud de inscripción presentada por un grupo de ciudadanos encabezados por el doctor Misael Pastrana Borrero.

- En el escrito de fecha 20 de enero de 1986, que obra a folios 66-67 del Cuad. No. 1, en el cual, junto con el mismo abogado indicado anteriormente, solicita al Consejo Nacional Electoral que reciba declaración a los doctores Misael Pastrana Borrero y Roberto Gerlein Echeverría, con el fin de probar lo afirmado en el escrito anterior.

- En el escrito de fecha 12 de febrero de 1986, que obra a folios 87 a 91 del Cuad. No. 1, en el cual impugna ante el Consejo Nacional Electoral la Resolución No. 7 de enero 28 de 1986 y solicita nuevamente declaración del doctor Misael Pastrana Borrero.

- En el escrito de fecha 11 de abril de 1986, que obra a folios 93 a 96, en el cual solicita al Consejo Nacional Electoral que en lugar de la declaración del doctor Misael Pastrana Borrero, se ordene certificación de los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo, miembros del Consejo y quienes participaron como delegados en la Convención Nacional Conservadora de 1984.

- En el escrito sin fecha, que obra a folios 105 a 107 del Cuad. No. 1, en el cual insiste ante el Consejo Nacional Electoral en la certificación jurada de los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo.

- En el escrito de fecha 25 de junio de 1986, que obra al folio 109 del Cuad. No. 1, al cual anexa el memorial presentado al señor Procurador General de la Nación solicitándole investigación sobre la actuación del Consejo y de dos de sus Consejeros en relación con la impugnación propuesta.

- En el escrito de fecha 25 de junio de 1986, que obra a folios 110 a 114 del Cuad. No. 1, dirigido al señor Procurador General de la Nación, a que se refiere el escrito anterior.

- En el escrito de demanda que ha dado lugar al presente proceso, que obra a folios 122 a 141 del Cuad. No. 1, en el cual, como es requisito de ley, el actor hace el recuento de los hechos y explica los fundamentos de derecho que sustentan su petición de nulidad, entre los cuales, como ya se ha expresado, los cargos primero, segundo y tercero se refieren específicamente a la planteada irregularidad en el sistema de elección del Directorio Nacional Conservador.

Si lo anterior es así, es decir, que los únicos medios de prueba de los cuales podría deducirse que se produjo el hecho en el cual fundamenta el actor los cargos analizados, son los documentos emanados de él mismo, es forzoso para la Sala concluir que el demandante no ha logrado, como era su deber, desvirtuar la presunción de legalidad que como acto administrativo caracteriza al acto demandado.

En efecto, de conformidad con el art. 174 del C. de P.C., aplicable por remisión del art. 168 del C.C.A., se establece que "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

A su vez, el art. 177 del C. de P.C. consagra el principio general según el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", salvo en relación con los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas que no requieren pruebas pero que la Sala no considera que se presenten en el caso de autos.

Además, la Sala hace notar que el actor voluntariamente limitó su interés probatorio a los documentos aducidos con la demanda, de los cuales, como ya se anotó, no resulta la prueba de sus afirmaciones, como no resulta tampoco de los antecedentes solicitados a la Registraduría, tal como se constata al folio 141 del Cuad. No. 1 en cuyo acápite de "Pruebas" manifiesta que *"se aportan todas*, en documentos autenticados para el Consejo de Estado, en fotocopias para quienes asumen el papel de partes" (Subraya la Sala).

- De otra parte, de acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta, además, que como lo expresa el Consejo Nacional Electoral en su Resolución No. 36 de junio 26 de 1986 (fls. 118 a 120) y el Colaborador del Ministerio Público en su concepto de fondo (fls. 195 a 200), se trataría de aplicar la Ley 58 de 1985 a hechos producidos en una Convención realizada un año antes, la Sala no considera necesario ejercer su poder de decretar pruebas de oficio, consagrado en el art. 169 del C.C.A.

En consecuencia, si no está probado el supuesto de hecho que fundamenta los cargos primero, segundo y tercero, no pueden considerarse violados los arts. 1°, 4° y 5° de la Ley 58 de 1985 a que se refieren los mismos y, por lo tanto, ellos no pueden prosperar.

EN RELACION CON EL CUARTO CARGO.- El fundamento de este cargo lo hace consistir el actor en que los doctores Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo, miembros del Consejo Nacional Electoral, se encontraban impedidos legalmente para fallar las demandas de los dos sectores conservadores en pugna.

La Sala hace notar, en primer lugar, que a pesar de que el actor se refiere al posible impedimento tanto respecto de la Resolución No. 3 del 28 de enero de 1986, mediante la cual se negó la inscripción del sector encabezado por doña Bertha Hernández de Ospina, como respecto de la Resolución No. 7 de la misma fecha, por lo cual se accedió a las peticiones del Directorio Nacional Conservador, se limitará a analizar la posible ilegalidad de la segunda de las resoluciones citadas, que es el acto demandado.

Al respecto, la Sala considera que la existencia de una causal de impedimento o de recusación constituye una situación individual del funcionario, que está sometida, como lo prevén los Códigos Contencioso Administrativo y Procedimiento Civil, aún trámite incidental, es decir que hace parte del procedimiento judicial o administrativo que se esté adelantando, pero no es el procedimiento mismo. Por ello, dicho trámite tiene previstas sus propias causales, etapas, funcionarios competentes para resolverlo y hasta suspenden el procedimiento principal.

Es así como el art. 30 del C.C.A. indica las causales de impedimento y recusación, adicionando algunas a las previstas en el C. de P.C., precisa el trámite que debe seguirse y otorga la competencia para declararlas al superior o al procurador regional, si la autoridad no tuviere superior jerárquico.

En el caso de autos la Sala encuentra que el impedimento a que hace referencia el demandante fue planteado por primera vez por él, en compañía del doctor Víctor Velásquez Reyes, el día 11 de abril de 1986, en el escrito que obra a folios 93 a 96 del Cuad. No. 1, es decir, casi tres meses después de expedido el acto acusado. Ese solo hecho bastaría para que la Sala desechara el cargo, teniendo en cuenta que fue un argumento presentado casi tres meses después de expedido el acto que se pretende ilegal.

No obstante lo anterior, podría pensarse que independientemente de que los interesados hayan planteado o no el impedimento con anterioridad al acto acusado de ilegal por el mismo hecho, jurídicamente afectara la validez de aquel acto.

No cree la Sala que esa sea una apreciación correcta. En efecto, dada la regulación legal de los impedimentos y las recusaciones, la Sala considera que se trata fundamentalmente de una situación individual del funcionario o autoridad afectada por una de las causales legales, que implica, en primer lugar, un deber de darla a conocer por parte de la misma autoridad. Si ello no es así, el interesado tiene la posibilidad legal de iniciar el trámite tendiente a impedir que esa autoridad tome la decisión o participe en ella, para lo cual, inclusive, se suspenderá el procedimiento (art. 154 del C. de P.C. y art. 30 del C.C.A., último inciso). Si ninguna de las dos situaciones se produce y la decisión es tomada, no puede pretenderse que por ese solo hecho la decisión sea ilegal. Tan ello es así que el mismo Código de Procedimiento Civil, en el inciso final de su art. 152, expresa que "la actuación del funcionario, anterior a la recusación propuesta o a su declaración de estar impedido, *es válida* y en el art. 154 repite que "el proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la Secretaría el escrito de la recusación, hasta cuando hayan sido resueltos, *sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad*" (Subrayados de la Sala).

De tal manera que el hecho de que los dos miembros del Consejo Nacional Electoral presuntamente impedidos, no hayan manifestado su impedimento antes de expedirse la Resolución demandada, no constituye ilegalidad de esta última, con mayor razón si ellos se abstuvieron de participar en la decisión, como consta en el texto de la misma. Tal vez podría ello configurar una conducta personal irregular, la cual fue precisamente puesta en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación por parte del demandante, según consta en el escrito que obra a folios 110 a 114 del Cuad. No. 1, y que debió dar lugar o dará lugar al respectivo pronunciamiento de ese organismo encargado del control disciplinario. A este respecto, precisamente el Código Contencioso Administrativo, en el numeral 9) del art. 76, consagra como conducta que da lugar a multa o a la destitución del responsable la de "no declararse impedido cuando exista deber de hacerlo".

Por lo anterior, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL QUINTO CARGO.- La Sala no considera tampoco que las demoras por parte del Consejo Nacional Electoral en el trámite de la impugnación que intentó el actor puedan constituir causal de nulidad del acto demandado, ya que el principio de celeridad consagrado en el inciso 3° del art. 3° del C.C.A., constituye apenas uno de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, que lógicamente se traducen en obligaciones para el funcionario, pero cuya consecuencia no puede ser otra que la de configurar una falta sancionable de acuerdo con el régimen disciplinario a que están sometidos los funcionarios públicos, concretamente a las sanciones previstas en el mismo Código Contencioso Administrativo, en el art. 76, numeral 5), de acuerdo con el cual "son causales de mala conducta, que motivarán multas hasta de un millón de pesos (reajustable según las normas pertinentes) o la destitución del responsable, las siguientes: ...5) Demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación".

EN RELACION CON EL SEXTO CARGO.- La Sala hace notar de entrada que para efectos de controvertir la legalidad de un acto administrativo no es posible pretender la violación del art. 84 del C.C.A., pues esta norma lo que consagra es una de las acciones contencioso-administrativas, concretamente la de nulidad, que es precisamente la que ha ejercido el actor para dar lugar a este proceso. De tal manera que la citada norma fue la que sirvió de fundamento procesal al actor para acudir a esta jurisdicción y, por lo mismo, se ha venido respetando y cumpliendo desde la admisión de la demanda hasta el momento de esta sentencia.

Es obvio que dicha norma consagra las llamadas causales de ilegalidad de los actos administrativos, pero cada una de esas causales debe estar fundamentada en la violación de normas propias y no en la pretendida violación de la norma procesal que las consagra.

Así, el actor bajo este cargo pretende alegar que el acto demandado (Resolución No. 7 de 1986) está viciado por incompetencia, por expedición en forma irregular y por falsa motivación, por algunas razones que allí indica, pero sin que precise las normas violadas concretamente en relación con cada uno de esos presuntos vicios.

A pesar de que esa falta de técnica permitiría a la Sala desechar el cargo sin análisis adicionales, en aras de una correcta administración de justicia, que no se limite a desechar los cargos por simple falta de técnica, la Sala se referirá a los argumentos planteados por el demandante, aunque con las limitaciones que obviamente resultan del planteamiento genérico y rápido del actor.

Así, expresa el demandante que el acto controvertido fue expedido por funcionarios incompetentes, por cuanto los Consejeros Alfredo Araújo Grau y Diego Moreno Jaramillo intervinieron de manera indirecta en su expedición, a pesar de estar impedidos, al negarles a otros conservadores las peticiones que

hicieron. Además, porque si bien en el caso concreto de la resolución demandada se abstuvieron de votar, ello implica que dicha resolución se aprobó con el voto de tan solo cinco consejeros, sin designar conjueces, de donde resulta la incompetencia del organismo.

Al respecto, para la Sala es suficiente hacer notar que, de una parte, como ya quedó precisado al analizar el Cuarto Cargo, el presunto Impedimento no planteado ni decidido oportunamente antes de la expedición del acto, no produce la ilegalidad de este último. Además, para la Sala es obvio que tampoco puede producirse la ilegalidad del acto aquí demandado, por el hecho de los citados Consejeros sí hayan firmado otro acto que es ajeno al presente proceso.

De otra parte, el hecho de que los Consejeros mencionados se hayan abstenido de votar el acto demandado y éste se haya adoptado con la votación de solo cinco miembros tampoco comporta la ilegalidad del acto, mucho menos por incompetencia, ya que de acuerdo con el art. 20 de la Ley 28 de 1979, modificado por el art. 7° de la Ley 96 de 1985 e incorporado al art. 20 del Código Electoral, las decisiones del Consejo Nacional Electoral se adoptarán por las dos terceras partes de los integrantes del mismo, norma que fue cumplida al expedirse el acto con el voto favorable de cinco de los siete miembros que componen la Corporación.

También afirma el actor que el acto demandado se expidió en forma irregular, pues sus propios beneficiarios aportaron a la solicitud la prueba de carecer de legítima personería para obrar en nombre del Partido Conservador, además de que no se practicaron las pruebas solicitadas. Sobre este punto la Sala recuerda lo expresado en relación con los cargos primero, segundo y tercero, cuya conclusión consiste en que no existe en el proceso prueba contraria a lo expresado por los beneficiarios del acto en su solicitud y acogido por el Consejo Nacional Electoral en el acto demandado.

En relación con la negativa de las pruebas solicitadas este cargo está necesariamente ligado a la acusación contenida en este mismo punto en el sentido de que el acto está viciado por falsa motivación, la cual "aparece de bulto en los términos con que se desecha la oposición a las declaraciones demandadas" y que debieron rectificarse posteriormente mediante la Resolución No. 36 de junio 26 de 1986. En efecto, de acuerdo con lo expresado en la resolución demandada, la oposición se desechó por considerar el Consejo que no era la oportunidad para proveer sobre ella, debido a que la norma señala un plazo posterior para impugnar la designación de directivos, de donde se desprende que tampoco era procedentes las pruebas solicitadas. Esa situación no cambia, sino que por el contrario es confirmada por el hecho de que en la Resolución posterior No. 36 de junio 26 de 1986 (que no es demandada) se haya considerado que dicha impugnación no era viable por referirse a un hecho anterior a la Ley 58 de 1985, en la cual se fundamentaba, aspecto este último al cual también han hecho referencia el agente del Ministerio Público y esta Sala al analizar los cargos primero, segundo y tercero.

EN RELACION CON EL SEPTIMO CARGO.- Como este cargo consiste en la presunta violación del art. 20 de la Constitución Nacional como consecuencia de la infracción de las otras normas indicadas como violadas, es obvio que si éstas realmente no lo fueron, como ha quedado demostrado en el análisis de los cargos anteriores, tampoco podrá predicarse, como consecuencia necesaria, la transgresión del citado precepto de la Carta Política.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- En firme esta sentencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

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 catorce de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, José Padilla Villar, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CENSO POBLACIONAL/ CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL/ REPRESENTANTE A LA CAMARA

No basta la autorización legal para levantar el censo poblacional, para entender satisfecho el requisito del artículo 99 de la Carta, pues el censo levantado carece de efectos oficiales mientras no haya sido aprobado por ley. Aun en el supuesto de aceptarse que no se requiere ley aprobatoria del censo para que éste surta efectos oficiales, o que la referida aprobación del censo levantado en 1973 se encuentra contenida en el Decreto 232/82, el resultado del mencionado censo no varía el número de representantes a elegir por la Circunscripción del Caquetá, pues aun aplicándolo, tal número continúa siendo el de dos Representantes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Myriam Guerrero de Escobar.*

Expediente No. 924. Actor: Jairo Alberto Restrepo Isaza.

Adelantado el trámite procesal correspondiente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la demanda instaurada por el ciudadano Jairo Alberto Restrepo Isaza, con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 1° del Decreto-Ley (sic) No. 166 de 15 de enero de 1986 proferido por el Gobierno Nacional, en cuanto determinó en dos (2) el número de Representantes a elegir por la Circunscripción Electoral del Caquetá en los comicios a realizarse el 9 de marzo del mismo año y en su lugar se reconozca que son tres (3) los representantes a elegir por dicha Circunscripción Electoral.

ANTECEDENTES

A. *LA DEMANDA*

1. El ciudadano JAIRO ALBERTO RESTREPO ISAZA, formula ante esta Corporación y contra la Nación, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., las siguientes pretensiones:

a. "Que se declare la nulidad del número de representantes a la Cámara que para la circunscripción electoral del Caquetá, constituida por el Departamento del Caquetá y la Comisaría del Amazonas, estableció el Decreto 166 del quince (15) de enero de mil novecientos ochenta y seis, expedido por el señor Presidente de la República y refrendado por el señor Ministro de Gobierno".

b. "Que como consecuencia de la anterior declaración esa Honorable Corporación reconozca que el número de representantes de la Cámara que tiene derecho a elegir la circunscripción electoral del Caquetá, constituida por el Departamento del Caquetá y la Comisaría del Amazonas, son tres (3) y no dos (2) como lo manifestó el Decreto 166 del 15 de enero de 1986".

c. "Que el fallo le sea comunicado al señor Presidente de la República, al señor Ministro de Gobierno, al señor Registrador Nacional del Estado Civil y a la Corte Electoral".

2. Como hechos de la demanda se aducen, en síntesis, los siguientes:

a. El Acto Legislativo No. 1 de 1968, artículo 99 de la Constitución Nacional, dispuso que la Cámara de Representantes se compondrá de dos representantes por cada Departamento y uno más por cada cien mil o fracción mayor de cincuenta mil habitantes que tenga en exceso sobre los primeros cien mil y que cada vez que un nuevo censo fuere aprobado, la anterior base se aumentaría en la misma proporción del incremento de la población que de él resultare y que en las elecciones de 1970 las circunscripciones electorales del Caquetá y Amazonas elegirán dos (2) Representantes, siéndole aplicable el sistema general cuando el número de habitantes alcance las bases de población establecidas para la elección de Representantes.

El mismo Acto Legislativo en su artículo 51, 177 de la Carta, creó la Circunscripción Electoral del Caquetá y Amazonas, capital Florencia y en su artículo 76, transitorio, aprobó el censo de población de 1964.

b. Por Decreto No. 1.759 de 31 de agosto de 1973 se ordenó la realización del XIV Censo Nacional de Población y III de Vivienda, el que arrojó para la Intendencia Nacional del Caquetá un total de población de 180.297 habitantes y de 15.677 habitantes para la Comisaría Especial del Amazonas.

c. En las ponencias presentadas en los distintos debates del Proyecto de Acto Legislativo No. 43 de 1970 por el cual se autoriza erigir en Departamento la Intendencia del Caquetá, se hace relación a que si bien de conformidad con el censo poblacional de 1964, último legalmente aprobado, la Intendencia del Caquetá no cuenta con el número de habitantes requerido para ser erigido en Departamento, de acuerdo con otra serie de datos estadísticos oficiales, llenaría el mencionado requisito que le permitiría en virtud de una ley convertirse en Departamento.

El mencionado Proyecto que se concretó en el Acto Legislativo No. 1 de 1981, autorizó erigir la intendencia del Caquetá en Departamento, aun cuando no tenga el número de habitantes exigido por los artículos 5° y 6° de la Constitución Política, sin afectar el territorio de las entidades departamentales, intendenciales y comisariales límitrofes y dispuso que la Comisaría del Amazonas tendría una sola circunscripción electoral con el Departamento del Caquetá.

d. Por Decreto Legislativo No. 232 de 4 de febrero de 1983, el Gobierno Nacional, para efectos de la redistribución de la participación en el impuesto a las ventas, ordenó tener en cuenta la población del Distrito Especial de Bogotá y de los Departamentos conforme al censo de 1973 elaborado por el DANE.

e. De conformidad con el censo levantado por el DANE en 1973 y aprobado por el Decreto antes citado, la Circunscripción Electoral del Caquetá, compuesta por el Departamento del mismo nombre y la Comisaría del Amazonas, tenía derecho a elegir tres Representantes a la Cámara y no dos como dispuso el Decreto parcialmente atacado.

3. Como normas violadas y concepto de su violación, plantea el actor, en resumen, lo siguiente:

Se infringieron los artículos 2° y 99 de la Carta, al ejercer la Rama Ejecutiva sus funciones contrariando lo dispuesto por la norma últimamente mencionada, según la cual el Departamento del Caquetá por el hecho de serlo tiene derecho a elegir dos representantes y por población, según el censo de 1973, tiene derecho a elegir uno más.

Cuando el artículo 99 de la Carta hace relación a la aprobación de un nuevo censo para fines de determinar el número de Representantes a elegir por cada Circunscripción electoral no está determinado que los resultados del censo requieran de una aprobación legal u oficial. Lo que exige aprobación es la realización del censo en consonancia con la Ley 2a. de 1962, según la cual a partir de 1970, los censos de población tendrán periodicidad decenal.

La Ley 67 de 1917 que dispuso que los resultados que arrojara el levantamiento del censo de población debian contar con aprobación legal, fue derogada al ser suprimida la atribución Constitucional de los Concejos Municipales para

"formar el censo civil cuando lo determine la Ley" derogatoria ocurrida en virtud de la reforma Constitucional aprobada por Acto Legislativo No. 1 de 1945.

De otra parte, la Ley 2a. de 1962 atribuyó al DANE la facultad para dirigir, planear, ejecutar y publicar los censos de población, pero no expresó que los resultados del mismo deberían ser aprobados por ley y el artículo 76 de la Constitución Nacional no previó como atribución del Congreso la de aprobar la actuación del Gobierno relacionada con el censo de población. Pero aún en el evento de considerarse necesaria tal aprobación, ella habría sido impartida en virtud del Decreto No. 232 de 4 de febrero de 1983 expedido con invocación del artículo 122 de la Carta.

Agrega el actor que esta misma Sección en sentencia de 16 de octubre de 1969, con ponencia del Consejero Enrique Acero Pimentel, sostuvo no requerirse la mencionada aprobación para que el censo produzca los efectos que le son propios, cuando expresó:

> "La Ley que aprueba un censo no hace sino acoger las conclusiones de la entidad que lo realizó. *La aprobación por la ley es un acto formal distinto del acto material de realizar el censo* y de calcular, mediante factores técnicos el aumento de problación entre la fecha del censo y otra cualquiera.
>
> "Si se demora la expedición de la ley aprobatoria eso puede variar la verdad del hecho material registrado un día y complementado por las ratas de crecimiento demográfico, nosológico, inmigratorio, etc.
>
> "Creer que la verdad en estos casos está contenida en la expedición de la ley y no en los hechos confrontados, es criterio formalista fuera de la realidad y de la objetividad de los cálculos científicos de un organismo técnico y oficial como es el DANE. No es posible subordinar, además, la existencia del hecho a la prueba, ni sacrificar el derecho a la prueba misma" (fls. 143 a 215)".

B. *LA IMPUGNACION*

La Nación por conducto de apoderado debidamente constituido se opuso a las pretensiones de la demanda y para ello adujo, en síntesis, lo siguiente:

Según el último censo que fue aprobado por el Acto Legislativo No. 1 de 1968 la población de la Circunscripción Electoral del Caquetá es de 116.680 habitantes que resultan de sumar la población total ajustada de la entonces Intendencia del Caquetá (103.718 habitantes) y de la comisaría del Amazonas (12.962), razón para que de conformidad con el artículo 99 de la Carta Política sólo tuviera derecho a elegir dos Representantes y no tres como pretende el actor, pues habiendo sido erigida la Intendencia del Caquetá en Departamento, por ese hecho le corresponden dos representantes, no alcanzando la base poblacional de la Circunscripción a configurar el derecho de elegir un representante más.

El Decreto de Emergencia Económica No. 232 de 1983 no es aprobatorio del censo de 1974. Dicho censo sólo surte efectos con relación a la distribución de la participación del Impuesto a las Ventas, pero aun en el supuesto de aceptarse que es aprobatorio del referido censo, tampoco la base poblacional es suficiente para generar el derecho a elegir tres Representantes por la mencionada Circunscripción, pues al ser aprobado un nuevo censo, la base de adjudicación se aumentará en la misma proporción. Lo anterior lleva a la conclusión de que el número de Representantes a la Cámara se encuentra congelado, siendo la base poblacional, de acuerdo con la reforma constitucional de 1968, de 200.000 habitantes (fls. 249 a 264).

C. *LOS ALEGATOS DE CONCLUSION*

Ni la parte actora ni la parte demandada formularon alegación alguna (fl. 278).

EL CONCEPTO DE LA FISCALIA

Considera el señor Fiscal Primero ante esta corporación deben prosperar las súplicas de la demanda con fundamento en los planteamientos que la Sala resume, así:

a) Por la simple inoperancia del Congreso no se puede condenar a una circunscripción electoral a que se le siga aplicando un censo totalmente desactualizado y contrario a la realidad, como sería para el caso el censo de 1964.

b) No es lógico que se le den efectos jurídicos al censo de 1973 para efectos fiscales, como lo hizo el Decreto 232 de 1983 y se le nieguen tales efectos oficiales para otros fines, como serían los de fijación de la base poblacional para determinar el número de representantes a elegir por una determinada Circunscripción Electoral.

c) El análisis numérico es algo que deberá establecerse en el fallo (fls. 285 a 289).

CONSIDERACIONES

I. El artículo 99 de la Constitución Nacional, que corresponde al artículo 26 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, para efectos de la base poblacional a tener en cuenta para determinar el número de Representantes a elegir por cada Circunscripción Electoral, hace relación al nuevo o último censo aprobado.

Si bien la Ley 2a. de 1o. de febrero de 1962 "por la cual se dictan disposiciones sobre el levantamiento de los Censos Nacionales de población, edificios y viviendas, y ganadero, de industria, comercio y servicios y transportes, y se confieren al respecto unas autorizaciones al Gobierno", atribuyó en su artículo 2° al Departamento Administrativo Nacional de Estadística la dirección, planeación y ejecución y publicación de los censos de que trata la presente Ley, y en

su artículo 9° dispuso expresamente la derogatoria de todas las disposiciones que le fueran contrarias, no contemplando de otra parte, la aprobación por el Congreso del censo levantado por dicho Organismo, ello no significa que hayan sido derogados los artículos 11 y 12 de la Ley 67 de 22 de noviembre de 1917, que exigen la aprobación del Congreso, por medio de ley, del censo formado o levantado, para que éste surta efectos en todos los actos oficiales relacionados con el número de habitantes en el territorio de la Nación. El cambio de competencia en lo que concierne a la formación o levantamiento del censo que en vigencia de la Ley 67 de 1917 radicaba en los Concejos Municipales, con intervención previa y posterior del Gobierno Nacional, quien debía revisar el cumplimiento de las formalidades prescritas para levantarlo, antes de pasarlo para su aprobación al Congreso y que hoy radica en el Dane, no implica la derogatoria del requisito de aprobación del mismo por ley, máxime si se considera que no hay disposiciones contrarias entre la mencionada ley y la Ley 2a. de 1962 y específicamente que el artículo 99 de la Carta hace mención expresa de la aprobación del censo para los fines antes anotados.

Cabe agregar que el artículo 2° del Decreto-Extraordinario No. 3167 del 26 de diciembre de 1968 "Por medio del cual se reorganiza el Departamento Administrativo Nacional de Estadística", en su literal o) exige que las informaciones de población para que puedan ser certificadas requieren que los respectivos resultados hayan sido aprobados oficialmente, de donde se concluye que no basta la autorización legal para levantar el censo poblacional como lo quiere el demandante, para entender satisfecho el requisito del artículo 99 de la Carta, pues el censo levantado carece de efectos oficiales mientras no haya sido aprobado.

II. El Decreto No. 232 de 4 de febrero de 1982, "por el cual se redistribuye la participación en el impuesto a las Ventas y se dictan otras disposiciones", proferido con invocación del artículo 122 de la Constitución Nacional, no contiene en el parágrafo de su artículo 1° aprobación del censo levantado en 1973 por el DANE, como lo afirma el demadante. Se trata de una referencia al mencionado censo para hacerle surtir efectos única y exclusivamente en la materia objeto de regulación por dicho Decreto, pero en modo alguno puede asignarse a tal disposición efectos de aprobación del mencionado censo, para todos los efectos Constitucionales y legales. Se trata de una norma especial a la que no se le puede dar aplicación general o extensiva para sujetar a ésta situaciones jurídicas distintas a la prevista en ella.

III. Es verdad como lo sostiene el actor y la fiscalía y como lo expresa la sentencia invocada por el primero, que la no oportuna aprobación de un censo levantado conlleva a que de tenerse en cuenta el censo últimamente aprobado la realidad de los hechos no se acomode a la reconocida en la norma, pero ello no conduce a prescindir de la aplicación de la exigencia Constitucional y legal de aprobación del censo para que éste surta efectos en cuanto concierne a la base poblacional determinante del número de Representantes a la Cámara a elegir por cada circunscripción Electoral.

IV. Aun en el supuesto de aceptarse que no se requiere ley aprobatoria del censo para que éste surta efectos oficiales, o que la referida aprobación del censo levantado en 1973 se encuentra contenida en el Decreto No. 232 de 1982, el resultado del mencionado censo no varía el número de representantes a elegir por la Circunscripción del Caquetá, pues aún aplicándolo, tal número continúa siendo el de dos Representantes.

En efecto:

De conformidad con el artículo 9º, en armonía con el artículo 177 de la Constitución Nacional por la Circunscripción Electoral conformada por el Departamento del Caquetá y la intendencia del Amazonas, habría lugar a elegir dos Representantes y uno más sobre la base de cien mil o fracción mayor de cincuenta mil habitantes que tenga en exceso sobre los primeros cien mil, aumentada tal base en la misma proporción del incremento de población que resultare de un nuevo censo aprobado.

El censo aprobado por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, arroja como resultado una población de 116.680 habitantes que corresponden 103.718 a la entonces intendencia del Caquetá y 12.962 a la Comisaría del Amazonas. El censo levantado en 1973, arroja como resultado una población de 195.974 habitantes que corresponden 180.297 a la entonces Intendencia del Caquetá y 15.677 a la Comisaría del Amazonas. Ajustada la base poblacional, en proporción al incremento de población según el último censo y con relación al primero, el derecho a elegir un Representante por base poblacional requeriría que la población de la circunscripción electoral tuviera como mínimo una población de 83.975 habitantes sobre los primeros 167.950 habitantes y ello dado que la diferencia entre los dos censos en mención es del 67.95%. Es decir, efectuado el aumento de la base poblacional en proporción a la diferencia resultante de los dos censos, se requeriría de 167.950 habitantes que equivalen proporcionalmente a los primeros cien mil habitantes, más 83.975 que equivalen proporcionalmente a fracción mayor de cincuenta mil habitantes bases proporcionales estas últimas sentadas con relación al censo vigente en 1968 y las primeras ajustadas con base en el censo que pretende se aplique el actor, levantado en 1973.

De lo anterior se colige que aún aplicando el censo últimamente citado, por la Circunscripción Electoral del Caquetá solamente procede elegir dos Representantes como lo dispuso el Decreto parcialmente acusado.

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, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Myriam Guerrero de Escobar, Libardo Rodríguez Rodríguez, José Padilla Villar, Rodrigo Vieira Puerta.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ COMPETENCIA POR CUANTIA/ COMPETENCIA - Factores/ **NULIDAD PROCESAL**

El caso *sub judice* corresponde al ejercicio de una acción de restablecimiento del derecho con claro y definitivo contenido económico que determina, dentro del régimen de instancias que caracterizan los procesos contencioso-administrativos, la competencia para conocer y decidir al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por así determinarlo las hipótesis que gobiernan la figura en comento, bien en única instancia, ora en primera, concretada que fuere la correcta determinación del valor de los perjuicios por lucro cesante afirmado en el proceso. La falta de competencia del Consejo de Estado para conocer y decidir la acción de restablecimiento del derecho instaurada, origina la nulidad del proceso, la cual no puede sanearse. La nulidad por falta de competencia funcional, traduce un salto ilegal de la instancia que corresponde al funcionario señalado por la norma, configurando una injurídica asunción de conocimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1170. Autoridades Nacionales. Actor: Cinema International Corporation Limitada.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, Cinema International Corporation Ltda., por conducto de mandatario judicial y en libelo de 27 de abril de 1989, impetró la nulidad de las Resoluciones No. 0434 de 16 de

diciembre de 1988, por la cual el Comité de Clasificación de Películas prohibió la exhibición pública de la película titulada "La Ultima Tentación de Cristo"; la No. 0019 de 10 de enero de 1989, por la que el Comité de Clasificación de Películas decidió el recurso de reposición confirmando la prohibición; y, la No. 0220 de 16 de enero de 1989 por la cual el Ministerio de Comunicaciones decidió el recurso de apelación, confirmando la prohibición.

En el escrito demandatorio y en capítulo respectivo, la accionante solicita el decreto de la suspensión provisional, con el acápite argumental que, *ad pedem litteris* se transcribe:

> "Atentamente solicito que en el mismo auto en que se admita esta demanda, se decrete la suspensión provisional de los actos acusados por ser manifiestamente violatorios de una norma legal superior, lo cual se puede percibir a través de una sencilla comparación de los textos que a continuación se insertan en doble columna. El perjuicio que están sufriendo el productor, el distribuidor y el presunto exhibidor de la película por concepto de lucro cesante causado por la prohibición es de evidencia inmediata...".

LA SUSPENSION PROVISIONAL

Como una de las situaciones cumplidas durante la tramitación del proceso, se encuentra el decreto de la medida precautelar solicitada, por auto de mayo 19 de 1989, el cual fuera a su vez cuestionado en recurso de súplica, en memoriales obrantes a folios 55, 122, 80, por sus signatarios entre otros que fueron reconocidos como partes impugnadoras en decisión de 5 de septiembre de 1989 (fl. 227), así como por el señor Fiscal de la Corporación, en solicitación de junio 28 del precitado año.

Como núcleo central del recurso formulado contra el prementado auto, se deduce la ausencia de uno de los presupuestos reglados para el acogimiento jurídico-procesal de la medida como lo constituye la falta de prueba "...aunque sea sumariamente el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor...", en acciones del tipo incoada, motivo de enjuiciamiento que la Sala halló *secundum legem* para revocar la disposición precautoria recurrida, por auto de 21 de septiembre de 1989.

CONSIDERACIONES

Ha pasado a despacho para sentencia el presente proceso, en el cual hubo de adelantarse el trámite acorde con la naturaleza de la acción, de restablecimiento instaurada, con la específica pretensión consignada en el aparte petitorio de recabar la invalidación de las manifestaciones de voluntad administrativa discutidas, así como el "derecho de pedir y obtener la clasificación de la película para exhibirla públicamente en todo el territorio nacional".

Con ocasión de la impetración de suspensión provisional inserta en el mismo texto demandatorio, se afirma la existencia de un perjuicio económico padecido por el productor, el distribuidor y el presunto exhibidor de la película, "...por concepto de lucro cesante causado por la prohibición...", detrimento patrimonial, el aseverado, que se adjetiva como de "...evidencia inmediata...". Es la proposición afirmativa preinserta de quebranto patrimonial, la que habilita o sirve de *causa alegandi* a los impugnadores para contender la providencia admisoria de la medida precautelar, como se ha anotado, por falta de probanza sumaria sobre el particular.

Es por manera, la aserción propia del libelista, en torno al perjuicio padecido, por concepto de lucro cesante el que esencialmente, sin hesitación alguna, traduce y canaliza un efecto directo originado, en el vedamiento de exhibición de la película decidido en los actos administrativos contendidos.

En este orden de ideas, y si bien es cierto, la demostración sumaria del perjuicio, es contemplado por el legislador como presupuesto para la declaratoria del instituto de la suspensión provisional en el C.C.A., para acciones distintas a las de nulidad, como ocurre en el caso *sub-exámine*, ello no significa una jurídica escisión para la necesidad de esa probanza, reglada para la figura en comento, y la correlativa estimación razonada de la cuantía indispensable para determinar la competencia propia de la demanda y exigida por el mandamiento 137, numeral 6° *ibídem*. Y la adveración que precede se consigna, por cuanto en el derecho patrio la medida de suspensión es, ya se ha apuntado, inescindible del proceso en su contenido de lesión o daño afirmada, así no se concrete en la demanda, ni se tase o pormenorice en la solicitud de suspensión. Y ese vínculo consustancial entre la suspensión y la integridad del proceso, se patentiza aún más, si se considera que los condicionamientos reglados para su acogimiento, dicen relación a la validez del acto administrativo controvertido, por cuanto si de su primaria confrontación resulta, *prima faciae*, que el proferimiento de la administración ha desequilibrado el mandato superior, serán ellos por modo, las premisas acreditadas para su decreto las que, unidas al contingente probanzal y exposición argumental, constituyan, en principio, base para la prolación de providencia definitiva.

Y por lo que respecta al *quantum* del perjuicio, establecida la indubitable afirmación de su ocurrencia, su palmar versión económica dedúcese de la fuente misma que se expresa como origen, esto es, el lucro cesante, sin que entonces sea de obligada precisión su concreta estimación para considerar que ella, la acción ejercitada, tiene cuantía, generando así el surgimiento de las consecuencias procesales que en materia de competencia ello conlleva.

Tratando de significar la gravedad o entidad del perjuicio padecido, el nulidiscente así lo especifica: "El perjuicio que están sufriendo el productor, el distribuidor y el presunto exhibidor de la película por concepto de lucro cesante es de evidencia inmediata", clara y explícita manifestación de quebranto patri-

monial que, como *ad litteris* se constata, no vacila el aseverante en calificar de evidencia inmediata.

Y ese detrimento de impronta dineraria, por la razón del origen que se indica, y fuente resarcitoria que es, encuentra la respuesta para su causación, como su delimitación definitoria, en los mandatos 1613 y 1614 respectivamente del Código Civil:

> "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante..."
>
> "Entiéndese... por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento".

La certeza del menoscabo económico en la acción ejercitada, suficiente por sí para considerar por esa sola expresión contenida en el ruego de suspensión provisional, como susceptible de cuantificación, y con ello, se hace hincapié, provocar, como atrás se precisó, las consecuencias legales en materia de competencia; esa certidumbre repítese, adquiere mayúsculo grado, cuando, como elemento de simple mostración, que no de valoración probatoria, es reafirmada por el Gerente Administrativo de Cinema International Corporation Ltda., en el sentido de informar "...a quien interese" como estimativo de lucro cesante $157.808.000 resultante de calcular en 800.000 espectadores el valor individual de $197.26". La anterior evaluación -concluye la exposición- pretende aunque en forma aproximada establecer el lucro cesante originado en esta película".

Surge entonces inconclusa la aserción del daño por lucro cesante como capitel estructural de la acción de restablecimiento incoada, esto es, el provecho económico dejado de reportar a causa del acto infractor al mandato de rango superior, o como se ha concretado por la Sección Tercera del Consejo de Estado,

> "La utilidad o ganancia dejada de percibir como consecuencia de la pérdida de un capital, y cuando aquel no puede determinarse con exactitud, habrá de calcularse con base en un interés sobre dicho capital....". (Sentencia 14 de noviembre de 1967. Diccionario Jurídico D-I, Tomo II, página 1).

COMPETENCIA JUDICIAL

Conocida, en los dominios de la doctrina y la jurisprudencia, ha sido la precisión conceptual de esta figura procesal, especificada como la facultad que tiene un juez para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado asunto la jurisdicción que corresponde a la República, como lo consigna el profesor Hernando Morales, y para cuya atribución se ha acudido tradicionalmente, a un conjunto de criterios directrices apellidados factores determinantes de la competencia, a saber: territorial, de conexión, objetivo, subjetivo y funcional, según la

cognición de la controversia señalada en razón al lugar o ámbito territorial en el cual el funcionario jurisdiccional haya de cumplir labores; o con causa en el conocimiento de las situaciones llamadas conexas, por el vínculo legal que determina su ventilación en un mismo proceso; o con motivo de la atribución legal del conocimiento de determinado negocio en cabeza de un juez, bien *ratio materiae* del asunto, ora por su valor; o con atención a la calidad de los sujetos que han de conformar la relación jurídico-procesal; o por razón de la adscripción a funcionarios diferentes el conocimiento de los procesos, sobre el presupuesto esencial de los diversos grados de jerarquía entre quienes tienen la misión de administrar justicia, respectivamente.

En ese plano de esencial intelección y dentro del ámbito de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en no pocos puntos distintos a los contenidos procesales del *jus privatum*, los preanotados factores de determinación de la competencia tienen cabal aplicación, como que el *factor objetivo* explica la facultad de conocer por la naturaleza de la manifestación de voluntad administrativa, hecho u operación de idéntica índole, como acontece, *exempli gratia*, con los asuntos relativos a la propiedad industrial, las contenciones promovidas sobre aspectos petroleros en que sea parte la Nación, las controversias sobre actos eleccionarios del Presidente de la República, Representantes y Senadores que lo son de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo en única instancia, eventos los aludidos contemplados en el artículo 128 del C.C.A.

Por el valor de la controversia y la existencia o inexistencia de una cuantía, será determinante en otros eventos de procesos; *verbi gratia*, en las acciones de restablecimiento del derecho en que se enjuicien actos del orden nacional, que la competencia sea de la Sala de lo Contencioso Administrativo o de un Tribunal Administrativo.

El *factor subjetivo* fija la competencia, salvo los respectivos casos previstos en los artículos 131 y 132 del C.C.A., en asuntos en que es parte la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional; en razón a que el Consejo de Estado es, por principio, el juez de la Nación y del tipo de los entes precitados; y por ese factor, igualmente radica la competencia en los Tribunales Administrativos para avocar el conocimiento de las controversias en que sean parte las entidades territoriales (Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito, Municipios).

Por el *factor territorial*, dentro del mismo plano de ejemplificación, ordena el legislador fijar la competencia por el lugar en donde se ejercieron las funciones por el empleado público (acción de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral); dónde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato (acción contractual); dónde se produjo el hecho o situación que compromete la responsabilidad del Estado (acción de reparación directa); etc.

La multicitada figura de la competencia se fija en el *factor de conexión* para el conocimiento de ciertas controversias administrativas denominadas conexas, entre los cuales, como lo indica el nombre y ya se ha dicho, existe un elemento

de sustancial ligazón que determina o hace indispensable el ejercicio de la respectiva acción dentro de un solo proceso, como pudiera eventualmente acontecer por la existencia de responsabilidad conjunta entre un ente de derecho público y un sujeto de derecho privado (Estado y contratista; Estado y funcionario o exfuncionario público).

Por último, por el *factor funcional*, las contenciones administrativas se conocen a través de las respectivas instancias, al adscribir la ley a funcionarios diferentes la cognición de los asuntos, sobre la base, como ya se indicó, de existir diversos grados jerárquicos, tal como ocurre con los procesos de nulidad instaurados contra actos administrativos dictados por funcionarios y organismos administrativos del orden departamental, intendencial, comisarial y distrital; atribuidos a los Tribunales Administrativos en primera instancia; o de restablecimiento del derecho de carácter laboral que son decididos en única o primera instancia por aquellas corporaciones jurisdiccionales según la cuantía, correspondiendo al Consejo de Estado su conocimiento en segunda instancia, también de acuerdo con determinada cuantía.

Si el factor en análisis, como lo conceptualiza y describe el tratadista Devis Echandía: "...se deriva de la clase especial de funciones que desempeña el juez en un proceso; según la instancia o la casación y revisión, y su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distinta categoría. Así tenemos jueces de primera y segunda instancia y competencia especial para los recursos de casación y revisión. Los anteriores factores miran al "modo de ser del litigio", éste, "al modo de ser el proceso". El juez de primera instancia es *a-quo* o hasta cierto momento en adelante (desde cuando finaliza la primera instancia). Este factor corresponde a un criterio de distribución vertical de la competencia descansa en síntesis en el "modo de ser el proceso que indica grados de jerarquía e instancias, la acción de restablecimiento del derecho que indubitablemente tenga cuantía -háyase o no estimado razonablemente como la ejercitada en el presente proceso-, se encuentra atribuida por la ley a los Tribunales Administrativos y cuyo monto sólo determinará si el respectivo conocimiento deba ser en primera o única instancia.

En oportunidad plural, esta Sala, con base precisamente en la determinación legal de grados jerárquicos y en el principio de las instancias que orienta y específica el derecho procesal, ha ordenado, bien la remisión del proceso al Tribunal Administrativo respectivo de libelos incoados en el Consejo de Estado, ora declarado la nulidad de procesos tramitados como de única instancia. Así, en providencia de 26 de marzo de 1990, expediente 1234, expresó en lo pertinente:

> "1a. Los principios del procedimiento propio, del debido proceso y del juez preconstituido 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 4° 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 cuando están sometidos a la justicia.

"2o. Este proceso tiene cuantía aunque el actor, para evitar el debido proceso, el procedimiento y el juez que la ley ha establecido, decida fijarla exclusivamente en su petición de suspensión provisional, renunciando a precisarla para los efectos del trámite propio y de la competencia que corresponde 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).

"...

"4o. 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, solamente 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 de nulidad de este proceso, incluido el auto admisorio de la demanda y disponer su envío al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca".

En auto del 23 de julio del precitado año, expediente No. 1464, precisó:

"...En varias providencias esta Sala ha sostenido que cuando el actor establece los perjuicios económicos dinero para demostrar el daño como requisito de la suspensión provisional, demuestra con tal valoración que el negocio tiene objetivamente una cuantía y, por lo tanto, el Consejo de Estado no tiene competencia para tramitar el juicio en única instancia, según lo indican las reglas que prescribe el C.C.A. La jurisprudencia de la Sala ha explicado esta realidad procesal recordando que la suspensión provisional que tiene vigencia en el Derecho Colombiano es inseparable del proceso y los daños y su valoración alegados en la petición de la medida cautelar son esencialmente idénticos a los que serán discutidos en el curso del juicio.

"...

"Se observa, pues, la integridad ideológica, conceptual y material en las pretensiones y la motivación del daño irrogado por las resoluciones cuya nulidad se demanda y la consecuencia de ser estimable en dinero el perjuicio. Esta situación que la Sala encuentra en la demanda y sus documentos anexos, cae en la hipótesis que las reglas de competencia establecen para asignar al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el conocimiento de este asunto (Art. 132 del C.C.A.). En su oportunidad, con la correcta determinación de la cuantía se podrá concretar en el Tribunal competente, con todos los elementos de la relación procesal, si el juicio es de dos o de única instancia y, en consecuencia, el trámite que habrá de seguirse".

En ulterior oportunidad, septiembre diez, expediente No. 1521, expresó:

"Hechas las precedentes precisiones, resulta evidente que esta Corporación carece de competencia para avocar el conocimiento de la acción instaurada. En efecto, los factores "cuantía" y "territorio" son indispensables para fijar la competencia en el asunto de la referencia. Así, pues, de una parte, en consonancia con lo previsto en el inciso inicial del numeral 9) del artículo 132 del C.C.A., en la forma como quedó modificado por el artículo 2° del Decreto Extraordinario número 597 de 1988, el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo es competente para conocer de este negocio en primera instancia, en razón de la cuantía determinada como queda visto. Y por otra parte, en lo atinente al factor territorial, es competente para conocer de este asunto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según lo prevé el Inciso tercero del mencionado numeral 9) del art. 132 del C.C.A conforme al cual "La competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto"; y como la mayor parte de los actos acusados se

produjeron en la capital de la República, entonces dicho Tribunal deberá conocer del asunto en primera instancia".

"Visto está, por lo expuesto y por las referencias hechas, que *mutatis mutandis* el caso que nos ocupa debe obedecer a un procedimiento similar pues, no obstante la declaración formal del accionante, los perjuicios alegados tienen una cuantificación monetaria que si bien no está totalizada es a todas luces evidente; no se trata solamente de alegar una violación de los derechos y libertades, calidades ciudadanas y personales que, como se dijo en la parte pertinente del auto citado, se consagran en la Constitución y en las Leyes a los Individuos. El daño ocasionado en este caso es de tipo económico, lo que equivale a tener cuantía no estando, por ende, sometido a la competencia del Consejo de Estado, según el ordinal 3° del artículo 132 de la Codificación Contencioso Administrativa". (sic).

Por último, en diciembre catorce del año próximo pasado, en Sala Unitaria, expediente No. 812, se dijo:

"El perjuicio supuestamente recibido es, como lo afirma el demandante, "evidente" y esa evidencia, lo dice igualmente el demandante, es "económica", "de rentabilidad". Y es a ese elemento económico que se remite el interés del deprecante según sus palabras transcritas: "Las rutas que a Inversiones Flota Occidental y Cía. Ltda. S.C.A. le asignó la resolución 2357 de 1986 se diseñaron por el Estudio 17 de 1986 para que recogieran la demanda proveniente de Bogotá y que estaría servida "por tramos" mediante autorizaciones anteriores". Al afirmar seguidamente que la alteración de las condiciones económicas es un perjuicio evidente para la demandante, está nítidamente declarando que en el fondo de la demanda reposa una cuantía no determinada pero que constituye el punto cardinal de la pretensión. Lejos está la acción incoada de pretender el simple saneamiento del orden jurídico quebrantado, sino la defensa de un interés exclusivo, particular. Es por ello obvio el criterio sustentado por el señor Fiscal cuando dice que "como quiera que se trata de una acción de restablecimiento del derecho tipificada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el elemento esencial para que prospere este tipo de acción es la demostración evidente y clara de los perjuicios ocasionados al demandante por el acto cuestionado y la evaluación material o económica de tales perjuicios". Podría o no tener razón el señor Agente del Ministerio Público al solicitar que, al no demostrarse los perjuicios, se denieguen las súplicas de la demanda. Pero el real valor procesal de esta aserción del señor Agente del Ministerio Público radica en la convicción de la existencia de un perjuicio económico que no por no estar demostrado en forma "evidente y clara" ni tampoco su "Evaluación material o económica", no deja de presentar y descansar en un contenido cuantificable, aunque no está determinado su monto. Ese daño que asciende a una cuantía no totalizada en la demanda, se deriva de las entradas económicas que la empresa demandante ha dejado

de percibir por el ingreso de la Empresa Arauca a prestar sus servicios hasta y desde Bogotá y otros sitios...

"Es de una claridad meridiana, por lo tanto, que aunque no aparezca en forma expresa el término "cuantía" en el libelo de demanda y en los demás escritos aportados por la firma actora al proceso, la acción lleva ínsita y sólo restaría elaborar las correspondientes operaciones aritméticas para concretarla. Las normas positivas procesales, que por disposición de la ley son de orden público, adscriben la competencia para esta clase de acciones a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, siendo imperativo para la Sala, al acatar la norma, declarar la nulidad de lo actuado en esta instancia que por disposición del Código Contencioso Administrativo, no es la que le corresponde a la acción impetrada. En consecuencia, se enviará el expediente al Tribunal correspondiente".

La exposición que antecede indica entonces y a título de una primera conclusión, que el caso *sub judice* corresponde al ejercicio de una acción de restablecimiento del derecho con claro y definitivo contenido económico que determina, dentro del régimen de instancias que caracterizan los procesos contencioso administrativos, la competencia para conocer y decidir al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca por así determinarlo las hipótesis que gobiernan la figura en comento, bien en única instancia, de conformidad con lo prescrito en el numeral 9 del artículo 131 del C.C.A., ora en primera instancia en razón a lo normado por el numeral 9° del artículo 132, concretada que fuere la correcta determinación del valor de los perjuicios por lucro cesante afirmado en el proceso.

No sobra consignar, con el fin de evitar algún posible equívoco, que en casos como el *sub-exámine*, no podría aducirse como razón de sostenimiento de la competencia del Consejo de Estado, la regla 3a. del mandamiento 128 del Decreto 01 de 1984 que le adscribe, privativamente, el conocimiento de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional, porque, como asaz se ha expuesto, la sola circunstancia de presentar la acción de restablecimiento un contenido económico, estimada o no su cuantía, es bastante para referir actos del orden nacional, como los enjuiciados, al Tribunal Contencioso Administrativo, el de Cundinamarca, en el caso a estudio por ser ellos, *ratio loci*, expedidos en Bogotá. Es la referida disposición, repítese, la que precisamente funda la causa impeditiva para conocer esta Corporación de acciones de contencioso subjetivo dotadas de cuantía, en actos de la naturaleza allí prevista.

NULIDAD

La falta de competencia de esta Corporación para conocer y decidir la acción de restablecimiento del derecho instaurada, por los motivos ya explicitados, origina la nulidad del proceso, según el artículo 165 del C.C.A., específicamente prevista en el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil,

que de acuerdo con lo ordenado por la disposición 145 *ibídem* es de oficioso pronunciamiento.

> "Declaración oficiosa de nulidad. En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe...", reza en lo pertinente, la referida norma.

En efecto, se ha adelantado un proceso cuyo conocimiento en primera o única instancia corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (con causa en tener la acción de restablecimiento incoada, cuantía), y por ser en el territorio de su jurisdicción, el lugar en donde tuvieron origen los actos cuestionados, como ya se ha anotado.

En este plano de examen, cimentada la competencia en el factor funcional, como también se ha indicado; especificada, como igualmente bien se ha explicitado en la adscripción a diferentes funcionarios el conocimiento de las contenciones, por el principio de las instancias en el proceso; transgresión atenta contra la organización misma del sistema judicial, insusceptible de ser variada o seleccionada *ad libitum* de las partes, por ser de orden público. Ello determina el carácter insaneable de la preanotada nulidad.

Ha de observarse que el vicio generador de la nulidad en referencia, al incidir sustancialmente sobre la distribución legal de funciones, entre diversos organismos e instancias determinadas, debió obrar como causa eficiente para que en el nuevo estatuto de procedimiento civil el legislador en expresa disposición, excluyera este tipo de nulidad del evento de posible saneamiento. En el inciso final del artículo 144 se prescribe:

> "...No podrán sanearse las nulidades de que tratan las nulidades 3 y 4 del artículo 140 salvo el evento previsto en el numeral 6° anterior, ni la proveniente de la falta de jurisdicción o de competencia funcional...".

No significa la precisión que antecede, que para hipótesis surgidas y ventiladas dentro de un ámbito temporal de validez normativa, anterior a la disposición vigente referida, la suerte de la nulidad surtida fuese diferente al tratamiento ahora reglado por el legislador. Para la época de la controversia *sub-lite*, la nulidad por falta de competencia funcional, al enraizar su causa en idéntica razón de desconocimiento de las instancias, también hubo de ameritar la insusceptibilidad de saneamiento.

> "La competencia por razón de los factores subjetivo, objetivo y funcional -anota el tratadista Hernando Morales-, se llama absoluta pues está establecida en interés general, por lo cual las reglas que la gobiernan son de orden público y como tales se sustraen al arbitrio de los litigantes... A los dos tipos de competencia (refiérese a la absoluta y relativa) las leyes llaman improrrogable y prorrogable, en su orden. El art. 13 del C. de P. C., hizo la competencia improrrogable cualquiera que fuere el factor determinante

de ella basado en que las cuestiones de competencia atañen siempre al interés público, en forma que las partes no pueden derogarlas, poniendo fin así, a un rezago privatista del proceso civil...". (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte general, sexta edición, página 46).

Y en un claro y explícito pronunciamiento jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en auto de 2 de mayo de 1988, expediente 4524, expuso sobre el particular:

"Nulidad por falta de competencia funcional.

"Dispone del art. 165 del C.C.A., que "serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil y propondrán y decidirán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto". O sea que el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto Ley 01 de 1984 remitió expresamente al estatuto procesal civil en cuanto a causales de nulidad en los procesos contencioso-administrativos y respecto del trámite de ellas. Y si bien guardó silencio en lo concerniente al saneamiento de las nulidades, ello no representa inconveniente alguno, toda vez que por mandato del precepto 267 del C.C.A., tal vacío debe llenarse con aplicación supletoria, también del C. de P. C. Así las cosas, tiénese que el régimen legal de las nulidades procesales en los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa es exactamente el mismo consagrado en el Código de Procedimiento Civil para los procesos cuyo conocimiento asigna la ley a la jurisdicción ordinaria en lo civil.

"Ahora bien, el estatuto procedimental últimamente mencionado dedica el título II a regular lo relativo a la "jurisdicción y competencia". El art. 13, integrante del capítulo primero, dispone: "Improrrogabilidad de la competencia. La competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine". (Las sublíneas son de la Sala).

"Sentada la anterior premisa de carácter general, los siguientes capítulos están dedicados a fijar la competencia por la calidad de las partes, la materia y el valor del litigio (capítulo II); por el territorio (capítulo III); y por el factor funcional (capítulo IV). Y más adelante (libro 2°, título II, capítulo V), en disposiciones que no pueden interpretarse inconexamente o en forma aislada, sino observando la debida correspondencia y armonía, el estatuto procedimental civil se ocupa en la regulación de las nulidades procesales. El ordinal 2° del art. 152 del Código en comentario expresa que:

"El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos".

"...

"2. Cuando el Juez carece de competencia.

"La norma últimamente transcrita sanciona con la invalidez la actuación que el juez adelante cuando carece de competencia, y tal precepto debe entenderse en relación estrecha con el artículo 13 en líneas anteriores transcrito, y ello significa que la invalidez de la actuación adelantada por juez incompetente se produce sin consideración alguna al factor determinante de la competencia, bien se trate de la que emana de la calidad de las partes, o de la que se establece en razón de la materia litigiosa, o de la que se deriva de la cuantía o valor del litigio, o de la que se determina en razón del territorio, o finalmente, de aquella que se establece atendiendo el factor funcional.

"La competencia determinada por el factor funcional es aquella que corresponde al juez en razón del papel jerárquico que la ley le otorga dentro del proceso. Así, el Consejo de Estado es competente funcionalmente para conocer en única instancia de todos y cada uno de los asuntos determinados en los numerales 1° a 16 del art. 128 del nuevo C.C.A. Y lo es, también funcionalmente, para conocer en segunda instancia de todos aquellos procesos atribuídos en primera instancia a los tribunales contencioso-administrativo departamentales y, en particular, de aquellos asuntos a que hace referencia el art. 129 del C.C.A. adoptado mediante el Decreto Ley 01 de 1984.

"Como se trata, entonces, de algo que se halla íntimamente relacionado con la recta administración de justicia y la ley, además, se ha ocupado en detalle de precisar los asuntos o procesos que el Consejo de Estado debe conocer en única instancia, cuáles le competen en segunda instancia y cuáles deben ventilarse ante los tribunales administrativos tanto en primera como en segunda instancia, resulta que no está al arbitrio de las partes ni del propio juez alterar el preciso señalamiento de la ley, y si así acontece, se incurre en causal de nulidad procesal de la actuación, a términos del ordinal 2° del art. 152 del Código de Procedimiento Civil. Y valga recordar de nuevo que la competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine, a términos del pretranscrito art. 13 del mismo Código.

"Ahora bien, si la actuación adelantada por un juez que carece de competencia es nula por ministerio de la ley, parece obvio y claro que tal nulidad debe comprender la actuación cumplida a partir del momento mismo en que el juez incompetente intervino, pues no encuentra la sala la razón lógica y jurídica que permita sostener que no obstante la nulidad por incompetencia, la actuación adelantada por el funcionario judicial incompetente es válida".

No parece inoportuno considerar que, un ahondamiento en la intelección conceptual de la nulidad por falta de competencia, por el multicitado factor funcional, traduce un salto ilegal de la instancia que corresponde al funcionario señalado por la norma, configurando una injurídica asunción de conocimiento; no parece diferente el sentido doctrinal que en este punto ensaya el prenombrado

tratadista Hernando Morales, para explicar el fenómeno de la Usurpación de Competencia. En lo pertinente expresa:

> "Usurpación de competencia. Aunque se basa la falta de competencia, el código organiza como causal independiente de ésta, que antes constituia la mal llamada usurpación de jurisdicción, que comprenden tres casos a)... b)... c) Cuando pretermite íntegramente una instancia". "...El tercero se presenta cuando toda la instancia se pretermite, como si se comenzara un proceso ante el superior del juez que debía avocarlo conforme a la ley. No cuando la omisión es parcial, o sea de un período o de un acto de la instancia, hipótesis que puede originar nulidad por la causal 6a. si se omitió el término probatorio o el de alegar".
>
> "Esta causal es insaneable, aunque la ley no lo diga pues... el primero y el tercero atentan contra la organización misma de la justicia que las partes no pueden variar, pues es de orden público riguroso...". (ob. cit. p. 409-410).

Es de imperativo deber, por parte del juzgador, la perentoria observancia de las directrices que, en punto a la formulación de la acción, como su encauzamiento y desarrollo, gobiernan el proceso. Por ello, por lo que significa e implica dentro de la organización judicial, las reglas de competencia; por el severo y rigorístico tratamiento que es inherente a los mandamientos de orden público, en la esfera de las determinaciones procesales, es por lo que el contingente de razones expuesto, el análisis de las normas pertinentes, así como la ineludible obligación de afirmar oficiosamente, en su caso, la nulidad insaneable que sea advertida, como acontece en el caso *sub-judice*, conducen a la configuración de esa hipótesis de nulidad.

En consecuencia, en concordancia con lo expuesto y por aplicación de lo preceptuado por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, este Despacho,

RESUELVE

Primero.- DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado en este proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, Inclusive.

Segundo.- ORDENAR la remisión del expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Nota de Relatoría. En igual sentido puede consultarse del mismo ponente, auto de 1o. de marzo/91.

"La norma últimamente transcrita sanciona con la invalidez la actuación que el juez adelante cuando carece de competencia, y tal precepto debe entenderse en relación estrecha con el artículo 13 en líneas anteriores transcrito, y ello significa que la invalidez de la actuación adelantada por juez incompetente se produce sin consideración alguna al factor determinante de la competencia, bien se trate de la que emana de la calidad de las partes, o de la que se establece en razón de la materia litigiosa, o de la que se deriva de la cuantía o valor del litigio, o de la que se determina en razón del territorio, o finalmente, de aquella que se establece atendiendo el factor funcional.

"La competencia determinada por el factor funcional es aquella que corresponde al juez en razón del papel jerárquico que la ley le otorga dentro del proceso. Así, el Consejo de Estado es competente funcionalmente para conocer en única instancia de todos y cada uno de los asuntos determinados en los numerales 1° a 16 del art. 128 del nuevo C.C.A. Y lo es, también funcionalmente, para conocer en segunda instancia de todos aquellos procesos atribuídos en primera instancia a los tribunales contencioso-administrativo departamentales y, en particular, de aquellos asuntos a que hace referencia el art. 129 del C.C.A. adoptado mediante el Decreto Ley 01 de 1984.

"Como se trata, entonces, de algo que se halla íntimamente relacionado con la recta administración de justicia y la ley, además, se ha ocupado en detalle de precisar los asuntos o procesos que el Consejo de Estado debe conocer en única instancia, cuáles le competen en segunda instancia y cuáles deben ventilarse ante los tribunales administrativos tanto en primera como en segunda instancia, resulta que no está al arbitrio de las partes ni del propio juez alterar el preciso señalamiento de la ley, y si así acontece, se incurre en causal de nulidad procesal de la actuación, a términos del ordinal 2° del art. 152 del Código de Procedimiento Civil. Y valga recordar de nuevo que la competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine, a términos del pretranscrito art. 13 del mismo Código.

"Ahora bien, si la actuación adelantada por un juez que carece de competencia es nula por ministerio de la ley, parece obvio y claro que tal nulidad debe comprender la actuación cumplida a partir del momento mismo en que el juez incompetente intervino, pues no encuentra la sala la razón lógica y jurídica que permita sostener que no obstante la nulidad por incompetencia, la actuación adelantada por el funcionario judicial incompetente es válida".

No parece inoportuno considerar que, un ahondamiento en la intelección conceptual de la nulidad por falta de competencia, por el multicitado factor funcional, traduce un salto ilegal de la instancia que corresponde al funcionario señalado por la norma, configurando una injurídica asunción de conocimiento; no parece diferente el sentido doctrinal que en este punto ensaya el prenombrado

tratadista Hernando Morales, para explicar el fenómeno de la Usurpación de Competencia. En lo pertinente expresa:

> "Usurpación de competencia. Aunque se basa la falta de competencia, el código organiza como causal independiente de ésta, que antes constituia la mal llamada usurpación de jurisdicción, que comprenden tres casos a)... b)... c) Cuando pretermite íntegramente una instancia". "...El tercero se presenta cuando toda la instancia se pretermite, como si se comenzara un proceso ante el superior del juez que debía avocarlo conforme a la ley. No cuando la omisión es parcial, o sea de un período o de un acto de la instancia, hipótesis que puede originar nulidad por la causal 6a. si se omitió el término probatorio o el de alegar".
>
> "Esta causal es insaneable, aunque la ley no lo diga pues... el primero y el tercero atentan contra la organización misma de la justicia que las partes no pueden variar, pues es de orden público riguroso...". (ob. cit. p. 409-410).

Es de imperativo deber, por parte del juzgador, la perentoria observancia de las directrices que, en punto a la formulación de la acción, como su encauzamiento y desarrollo, gobiernan el proceso. Por ello, por lo que significa e implica dentro de la organización judicial, las reglas de competencia; por el severo y rigorístico tratamiento que es inherente a los mandamientos de orden público, en la esfera de las determinaciones procesales, es por lo que el contingente de razones expuesto, el análisis de las normas pertinentes, así como la ineludible obligación de afirmar oficiosamente, en su caso, la nulidad insaneable que sea advertida, como acontece en el caso *sub-judice*, conducen a la configuración de esa hipótesis de nulidad.

En consecuencia, en concordancia con lo expuesto y por aplicación de lo preceptuado por el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, este Despacho,

RESUELVE

Primero.- DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado en este proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, Inclusive.

Segundo.- ORDENAR la remisión del expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Nota de Relatoría. En igual sentido puede consultarse del mismo ponente, auto de 1o. de marzo/91.

JUEGOS DE AZAR/ PODER DE POLICIA/ JUEGOS PROHIBIDOS

Si el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 dispone que "se consideran como juegos prohibidos aquellos en los que la ganancia depende exclusivamente de la suerte o del azar sin que los jugadores mediante su habilidad y de buena fé puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente", no puede inferirse que el artículo suspendido, al limitarse a expresar qué ha de entenderse por juegos electrónicos de azar, vaya en contravía de la norma transcrita, cuando ni siquiera hace referencia ni aproximación al concepto de "juegos prohibidos". Tampoco cabe predicarse que el artículo 1° del Decreto acusado es ilegal por referirse a asuntos previstos en norma superior que no podían ser objeto de reglamentación local, pues la sola referencia que allí se hace a que el resultado de pérdida o ganancia de un juego electrónico de azar tenga como causa un acontecimiento incierto, tendría que ver más con la definición de contrato aleatorio que con el concepto de juego prohibido.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1° del Decreto 245/90 (Sept. 21) expedido por el alcalde de Armenia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1657. Actor: Juan Bernardo Paredes Usquiano.

Procede la Sección Primera de la Corporación a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de 20 de noviembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto decretó

la suspensión provisional del artículo 1° del Decreto 245 de septiembre 21 de 1990, expedido por el Alcalde Mayor de Armenia.

EL ACTO ACUSADO

Mediante el acto suspendido el Alcalde Mayor de Armenia dispuso:

"ARTICULO 1°.- Son juegos electrónicos de pensar aquellos que desarrollan en el jugador la destreza, ya sea motriz, visomotriz e intelectual.

"Los juegos electrónicos en que los jugadores pierden o ganan, no por su destreza sino a causa de un acontecimiento incierto, son juegos de azar. Son ejemplo de estos juegos los de: Super Poker, Bally, Bally Continental, Lucky Player, Las Vegas, Baby Fruits, Baby Colombia y Bonus 21. Estos juegos relacionados por vía de ejemplo, y los similares, se tienen como juegos de azar.

"Los juegos electrónicos de azar quedan comprendidos dentro de la clasificación de juegos prohibidos establecida por el artículo 175 del Decreto 035 de 1987 -Código de Policía de Armenia- y el que explote esta clase de negocio será sancionado conforme a lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto 522 de 1971".

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora, en el acápite de la demanda correspondiente a la solicitud de suspensión provisional expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 4 a 6):

El artículo 1° del Decreto 245 de 1990 de la Alcaldía Municipal de Armenia vulnera los artículos 16, 20 y 32 de la Constitución Nacional, al impedir de manera arbitraria y sin fundamento legal el ejercicio de una actividad lícita.

La norma acusada viola igualmente los artículos 1° del Decreto 028 de 1906 y 17 del Decreto 1986 de 1927 al desconocer flagrantemente la definición legal de juegos prohibidos.

También la norma cuya suspensión provisional se solicita está en oposición con el artículo 132 del Decreto 1333 de 1986, en su numeral primero, al incumplir e impedir el cumplimiento de normas de rango constitucional y legal en el Municipio de Armenia, y con el artículo 130 del mismo Decreto pues dicho acto era innecesario para la administración "por querer regular un asunto ya regulado y de manera diferente por normas de mayor jerarquía".

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que le asistieron al Tribunal Administrativo del Quindío para decretar la suspensión provisional del acto demandado son, en síntesis, las siguientes (V. fls. 20 y 21).

No cabe predicarse la violación de los artículos 16, 20 y 32 de la Constitución Nacional por cuanto, debido a su carácter general tales normas no son susceptibles de violación directa y solo lo serán en la medida en que se vulneren las normas que concreten aquellos principios abstractos. Esto mismo se predica en relación con el numeral 1° del artículo 132 del Decreto 1333 de 1986, que consagra para los alcaldes la obligación de cumplir y hacer cumplir las normas vigentes.

En cambio, al comparar el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 con el acto acusado, resulta que efectivamente el Alcalde del Municipio de Armenia "se refirió a asuntos ya previstos en una norma de mayor jerarquía y que, por tanto, no podían ser objeto de reglamentación local".

LAS RAZONES DEL IMPUGNANTE

En su escrito de apelación, el apoderado del Municipio de Armenia expresa de la siguiente manera su inconformidad con la providencia que decretó la suspensión provisional del artículo 1° del Decreto 245 de 1990 (fls. 28 a 30):

El artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 prohibe en forma general y abstracta los juegos cuando su ganancia dependa de la suerte o del azar, pero al definir estos últimos, y para la aplicación de su prohibición, se hace necesario determinar cuándo un juego reviste estas características a fin de establecer los reglamentos de policía indispensables para proteger la moralidad, salubridad y buenas costumbres, deber este que incumbe a las autoridades encargadas de garantizar el orden público en todos los aspectos que lo conforman.

La norma que se reputa violada, al establecer un concepto general de los juegos prohibidos, no resulta en la práctica fácil de aplicar dado el desarrollo de los juegos en los últimos tiempos, "ya que éstos no constituyen, tal como sucedía en la época en que fueron o fue expedida dicha norma, simples procesos mecánicos normales de fácil comprobación empírica, sino complicados y sofisticados mecanismos electrónicos en los que, la evaluación de la habilidad, la destreza, la inteligencia son difícilmente diferenciables y por lo tanto corresponde a las autoridades señalar, previos los estudios y conceptos pertinentes de los técnicos expertos en estas materias, cuando estos complicados artefactos fundamentan o determinan sus resultados por factores de una u otra índole".

No es cierto que la norma suspendida provisionalmente por el Tribunal se haya referido a asuntos previstos en otras de superior jerarquía y que, en consecuencia, no podían ser objeto de reglamentación, primeramente porque todo

reglamento debe referirse al asunto que pretende reglamentar y porque tal reglamentación persigue, precisamente, la viabilidad de la aplicación de la regla general a aspectos concretos.

CONSIDERACIONES

La Sala hace notar que a pesar de que el actor solicitó la suspensión provisional de la totalidad del Decreto impugnado y, subsidiariamente, la misma medida respecto de los artículos 1°, 2° y 4°, el Tribunal accedió sólo a suspender los efectos del artículo 1° del acto acusado y sobre esta decisión es que se interpuso el recurso de apelación. Por lo mismo, las consideraciones del Consejo se limitarán a la suspensión provisional decretada y a las argumentaciones de la parte apelante.

Mediante el artículo suspendido, y en el aspecto de fondo del mismo en que se centró la petición y la decisión de suspensión provisional, se definen como juegos electrónicos de azar aquellos "en que los jugadores pierden o ganan, no por su destreza sino a causa de un acontecimiento incierto", y a renglón seguido, por vía de ejemplo, se indican algunos de los cuales forman parte de esa categoría.

También en el mismo artículo se expresa que los denominados "juegos electrónicos de azar" quedan comprendidos dentro de la clasificación de juegos prohibidos establecida en el artículo 175 del Decreto No. 035 de 1987 (Código de Policía de Armenia), e indica que a quienes exploten tal clase de negocio se les sancionará de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto No. 522 de 1971.

El Tribunal, como se dijo atrás, para decretar la mencionada medida de suspensión provisional se fundamentó exclusivamente en que "mediante el artículo 1° del Decreto acusado, el Alcalde de Armenia se refirió a asuntos ya previstos en una norma de superior jerarquía (artículo 17 del Decreto 1986 de 1927) y que, por tanto, no podían ser objeto de reglamentación local".

De la simple lectura de la norma suspendida la Sala observa que ésta no desconoce, *prima facie*, el concepto legal de juegos prohibidos que consagra el art. 17 del Decreto 1986 de 1927, y por la misma razón habrá de revocarse la medida provisional decretada por el *a-quo*.

En efecto, si el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 dispone que "se consideran como juegos prohibidos aquellos en los que la ganancia depende exclusivamente de la suerte o del azar sin que los jugadores, mediante su habilidad y de buena fe puedan hacer inclinar la fortuna favorablemente", no puede inferirse que el artículo suspendido, al limitarse a expresar qué ha de entenderse por juegos electrónicos de azar, vaya en contravía de la norma transcrita, cuando ni siquiera hace referencia ni aproximación al concepto de "juegos prohibidos".

Ahora bien. Tampoco cabe predicarse como lo predica el Tribunal, que el artículo 1° del Decreto acusado es ilegal por referirse a asuntos previstos en norma superior que no podían ser objeto de reglamentación local, pues, a más de lo dicho en el párrafo anterior, la sola referencia que allí se hace a que el resultado de pérdida o ganancia de un juego electrónico de azar tenga como causa un acontecimiento incierto, tendría más que ver con la definición que de contrato aleatorio consagra el Código Civil en su artículo 1498 que con el concepto de juego prohibido que establece el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927.

Como lo sostiene la parte impugnadora en su escrito de apelación, cuando el artículo 17 del Decreto 1986 de 1927 consagra en forma general y abstracta la prohibición de los juegos de azar, no los define, haciéndose necesario precisar la norma, de tal manera que se logre hacer viable su aplicación en los casos específicos.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la suspensión provisional del artículo 1° del Decreto No. 245 del 21 de septiembre de 1990, expedido por el Alcalde del Municipio de Armenia, decretada por el Tribunal Administrativo del Quindío mediante auto del 20 de noviembre de 1990.

Segundo.- En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa legal.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL - Integración/ **SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA MUNICIPAL/ ANIMO DE LUCRO**

Si el fin del contrato de sociedad es el de repartirse entre los socios las utilidades obtenidas por la empresa o actividad de que se trate, resulta y es de su esencia que las sociedades comerciales son personas jurídicas con ánimo de lucro y que para el caso de las sociedades de economía mixta, en nada se desnaturaliza su fin por el hecho de que la actividad que desarrolla esté circunscrita a la prestación de un servicio público. Al indicarse en la ley que en las Juntas Directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales una tercera parte de sus miembros corresponderá a representantes de los respectivos concejos, y al no existir norma especial en este sentido frente a las sociedades de economía mixta, se concluye que a estas últimas, por su naturaleza jurídica y por el derecho aplicable, el legislador los excluyó de la intervención del organismo administrativo municipal.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL. Del Acuerdo No. 009 del 17 de agosto de 1990 expedido por el Concejo de Santa Marta, salvo en lo previsto en el artículo 7º del mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1660. Actor: José Manjarrés Fontalvo.

Procede la Sección Primera de la Corporación a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto del 4 de octubre de 1990,

proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto decretó la suspensión provisional del Acuerdo No. 009 de 17 de agosto de 1990, excepción hecha del artículo 7°, expedido por el H. Concejo Distrital de Santa Marta.

EL ACTO ACUSADO

Mediante el acto acusado, "por el cual se establecen el número y representación de los Miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Anónima de Economía Mixta del Orden Distrital "METROAGUA S.A.", vinculada a la Alcaldía Mayor de Santa Marta y se ajusta su estructura y funcionamiento a la Ley y se dictan otras disposiciones", el Concejo Distrital en la mencionada ciudad dispuso en resumen, lo siguiente (fls. 29 a 32):

El artículo 1° establece la composición numérica de la Junta Directiva de "METROAGUA S.A." y determina que las disposiciones del Título IX del Código de Régimen Municipal se aplicarán en todo caso y de preferencia al funcionamiento de tal órgano directivo.

El artículo 2° señala el quorum deliberatorio y decisorio de la Junta Directiva.

El artículo 3° determina la composición de la Junta Directiva por nueve (9) miembros, y señala que estará integrada en un tercio por funcionario de la Administración Distrital de libre nombramiento y remoción del Alcalde Mayor; otro tercio por representantes designados o elegidos por el Concejo Distrital y el tercio restante por delegados de entidades cívicas o de usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado de Santa Marta. En su parágrafo se señala el período de los miembros de la Junta Directiva y el funcionario ante quien tomarán posesión.

El artículo 4° señala el lugar de reunión de la Junta Directiva de Metroagua S.A. y su convocatoria.

El artículo 5° somete al control fiscal de la Contraloría Municipal a la empresa Metroagua S.A.

El artículo 6° otorga competencia a la Junta Directiva de Metroagua S.A. para señalar mediante resolución los casos en que los contratos, órdenes de trabajo u otros actos que impliquen erogaciones requiera de su previa aprobación o, en caso de urgencia, del Alcalde Mayor de Santa Marta.

El artículo 7° autoriza a la Junta Directiva y al Gerente para tramitar y obtener con el respaldo aval del Distrito un empréstito hasta por la suma de trescientos millones de pesos, con el fin de terminar el programa de inversiones para incrementar la capacidad de producción de agua en el Distrito.

El artículo 8° repite textualmente el artículo sexto.

El artículo 9° señala que el Acuerdo regirá desde su publicación.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

De lo expresado por la parte actora, tanto en el capítulo separado en que solicita la medida, como en el texto de la demanda, al cual se remite, se concluye que para efectos de la solicitud de suspensión provisional considera que con el acto acusado se han violado de manera "flagrante ostensible" las siguientes normas:

De la mera comparación del texto del acto acusado frente a los artículos 8 del Decreto 1050 de 1968, 187.1, 434 y 461 del Código de Comercio se llega a la inequívoca conclusión de que éste los viola de manera ostensible, por las siguientes razones:

Si uno de los elementos estructurales de la noción de sociedades de economía mixta lo constituye la creación legal, toda vez que se trata de organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, se requiere, además, del contrato societario entre el Estado y los particulares que van a participar en la nueva entidad, contrato este que se rige por las normas del Código de Comercio y como tal requiere también de la solemnidad de ser elevado a escritura pública y su registro en la Cámara de Comercio del domicilio de la sede social.

Del artículo 110.7 del Código de Comercio se infiere que la creación, transformación o cambio en la conformación de la Junta Directiva de toda sociedad comercial, y particularmente de la anónima debe hacerse a través de su Asamblea General de accionistas, de la cual no forma parte el Concejo Municipal de Santa Marta, y mucho menos viene a constituir el órgano máximo de Gobierno de una sociedad comercial.

Los artículos 157 y ss. del Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, regulan lo concerniente a la conformación de las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, pero deja de lado a aquellas juntas de las sociedades de economía mixta, por razón de que éstas se rigen por las normas del Código de Comercio.

El actor, en la comparación a doble columna que hace del artículo del Acuerdo acusado con las demás disposiciones que estima violadas, expresa que el artículo 35 del Decreto 700 de 1987, al desarrollar el artículo 164 C. de R.M. en lo referente a la representación de los usuarios y delegados entidades cívicas en las juntas directivas de las entidades descentralizadas tengan a su cargo la prestación de servicios públicos, precisa dos situaciones: 1) En los actos de creación de sociedades de economía mixta se deberá disponer que la tercera parte de los miembros de sus juntas directivas lo serán representación de aquellos y 2) En cuanto a las sociedades de economía mixta ya existentes, los representantes legales deberán procurar que en las reformas estatutarias los usuarios tengan una adecuada participación en la administración de las entidades.

Tanto la norma del artículo 36 del Decreto 700 de 1987 como el artículo 164 del C. de R.M. no son aplicables a las sociedades de economía mixta, no obstante que tengan el carácter de indirectas o de segundo grado, toda vez que para ellas existe la norma especial del artículo 35 del mencionado Decreto 700 de 1987 y por la circunstancia de la presencia de particulares en la conformación accionaria de la misma.

En conclusión, la Junta Directiva de Metroagua S.A. no está sometida a la integración tripartita por parte de funcionarios municipales, representantes del Concejo y representantes de los usuarios por cuanto ella solo está prevista para los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado del orden municipal, sin incluir a las sociedades de economía mixta.

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que le asistieron al Tribunal Administrativo del Magdalena para decretar la suspensión provisional de los artículos del Acuerdo demandado, que se dejaron reseñados al comienzo de esta providencia son en síntesis, las siguientes (fls. 95 a 100):

La concepción legal de las sociedades de economía mixta, que en el plano nacional consagra el artículo 8° del Decreto 1050 en 1968, es aplicable a los municipios por expresa disposición del artículo 197 ordinal 4° de la Constitución Nacional y por así consagrarlo el Decreto 1333 de 1986 al someter a las entidades descentralizadas municipales a "las normas que contenga la ley", que para el caso lo constituyen el mencionado artículo 8° del Decreto 1050 de 1968 y los artículos 13, 31 y 41 del Decreto 3130 de 1968, como también a "las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades municipales". De lo anterior resulta que constituida una sociedad de economía mixta cualquier determinación que implique modificación del estatuto social debe ser adoptada por los medios o procedimientos que en él se señalen.

Tanto en el decreto de creación como en la escritura de constitución de la empresa Metroagua S.A. quedaron específicamente consignadas las condiciones de participación y de control de tutela del Municipio de Santa Marta y, por ordenarlo así, es solo dentro de estos dos instrumentos jurídicos en que debe desenvolverse la relación societaria.

En los mencionados instrumentos no se prevee que el Concejo Municipal de Santa Marta pueda o esté facultado para reformar los estatutos en cuanto a composición, elección, período, convocatoria, lugar de reunión y quorum de la Junta Directiva, o de la elección del Gerente y manera de ejercer el control fiscal, lo cual se encuentra previsto en el contrato social y, en todo caso, es materia que regula el Código de Comercio.

En consecuencia, mediante el acto acusado, el Concejo Municipal de Santa Marta se atribuyó una competencia de la cual carece y que lo torna ilegal de manera ostensible y más aún en cuanto a este organismo le está prohibido intervenir en asuntos que no sean de su competencia (art. 99, numeral 4° del C. de R.M.).

Por otra parte, los artículos 24 y 25 del Decreto 700 de 1987, en que se sustenta el inciso segundo del artículo 3° del Acuerdo acusado no tienen aplicación respecto de las sociedades de economía mixta, pues ellos se refieren a los miembros de las Juntas o Concejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales.

Tampoco es aplicable a Metroagua S.A. el artículo 164 del Decreto 1333 de 1986 a que hace referencia el Parágrafo del artículo 1° del acto enjuiciado al disponer que a la Junta Directiva de dicha sociedad se apliquen de preferencia las normas del Título IX del C. de R.M. por cuanto de la mera observación de su decreto de creación y de la escritura de constitución se establece que es una entidad directa o de primer grado.

Por último, al hacer extensiva a Metroagua S.A. la participación en su Junta Directiva de representantes del Concejo de Santa Marta, se está en presencia de una abierta oposición con lo previsto en el inciso final del artículo 164 del C. de R.M. y el artículo 35 del Decreto 700 de 1987, por cuanto estas normas, por la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, la excluyeron de la misma.

LAS RAZONES DEL IMPUGNANTE

En su escrito de apelación, el señor Alcalde Mayor de Santa Marta expresa de la siguiente manera su inconformidad con la providencia que decretó la suspensión provisional del Acuerdo No. 009 del 17 de agosto de 1990, salvo en lo previsto en el artículo 7 del mismo (fls. 105 y 107):

La tesis del Tribunal es valedera cuando se trata de personas jurídicas con ánimo de lucro y no así cuando éstas tienen como objeto principal un servicio público, como es el caso de Metroagua S.A., pues para estos casos debe dársele aplicación al artículo 157 del Decreto 1333 de 1986 "y a las normas del Decreto 700 de 1987".

De todas maneras, "la ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS de éste (sic) sociedad Metroagua S.A. mediante reforma estatutaria hecha conforme al Código de Comercio y a sus estatutos sociales, aprobada en la sesión extraordinaria de socios reunida el pasado día 17 de octubre de 1970 (sic) elevó al carácter de reforma social las disposiciones que del mencionado Acuerdo 009 de 1990 han sido demandadas en este juicio, convalidándolas si hubiera habido algún vicio...".

"En consecuencia el acto administrativo demandado ha sido 'convalidado' plena y legalmente.

CONSIDERACIONES

La Sala observa que la única razón de fondo que le asistió a la Administración Municipal para interponer recurso de apelación contra la providencia del Tribunal mediante la cual se decretó la suspensión provisional, consiste en que las normas que regulan la vida jurídica de las sociedades de economía mixta no le son aplicables a la Compañía de Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta S.A. "METROAGUA S.A.", debido a que tal sociedad tiene como objeto principal la prestación de un servicio público en donde no tiene cabida el ánimo de lucro, y que por tanto se le deben aplicar las normas que rigen los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado.

El artículo 8° 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 ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley". La citada norma agrega que "El grado de tutela, y en general, las condiciones de participación del Estado en esta clase de sociedades se determina en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social".

Por su parte, el Código de Comercio 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".

Para la Sala no existe, como no existió para el Tribunal, la menor duda de que la Compañía Metroagua S.A. es una sociedad de economía mixta del orden municipal, y que su objeto está dirigido a la prestación de un servicio público cual es "el estudio, diseños, construcción, administración, operación y mantenimiento de los sistemas destinados a los servicios de acueducto y alcantarillado, lo mismo que a la distribución y venta de esos mismos servicios, del Municipio de Santa Marta y su área metropolitana...", tal como consta en el artículo 3° de sus estatutos sociales (fl. 40).

Si de acuerdo con el artículo 98 del C. de C. el fin del contrato de sociedad es el de repartirse entre los socios las utilidades obtenidas por la empresa o actividad de que se trate, resulta y es de su esencia que las sociedades comerciales son personas jurídicas con ánimo de lucro y que para el caso de las sociedades de economía mixta, como el que ocupa a la Sala, en nada se desnaturaliza su fin por el hecho de que la actividad que desarrolla esté circunscrita a la prestación de un servicio público.

Ahora bien, ni para la ley, ni para la doctrina, ni para la jurisprudencia cabe la menor duda de que las sociedades de economía mixta se rigen, como regla general, por las normas del derecho privado, y solo por excepción por las de derecho público, a tal punto que se ha llegado a afirmar que ellas son típicamente empresas privadas con participación estatal. Es más, para el caso de Metroagua S.A., en el acto que ordenó su constitución (Decreto No. 207 del 14 de julio de 1989, folio 29 vto.) se expresa: "Artículo cuarto. De conformidad con lo anterior dicha Sociedad se regirá por las del derecho privado (sic) como lo dispone la Ley, salvo las excepciones que ella misma consagra".

Frente al hecho de que en su memorial de apelación el representante legal del Municipio de Santa Marta se duela de que a la empresa Metroagua S.A. le sean aplicables las normas que rigen para las sociedades de economía mixta y no aquellas que rigen para los establecimientos públicos o para las empresas industriales y comerciales, la Sala solamente expresa que en esta materia a nadie le es posible escoger las normas que más se acomoden a sus intereses, por mas nobles que ellos resulten ser. Además, se hace notar que fue la misma Administración municipal de Santa Marta, en uso de las facultades conferidas por el H. Concejo, quien decidió por Decreto No. 207 de 1989 constituir la ya mencionada sociedad de economía mixta.

De tal manera que al indicarse tanto en el artículo 157 del Decreto 1333 de 1986 como en los artículos 24 y 25 del Decreto 700 de 1987 que en las Juntas Directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales una tercera parte de sus miembros corresponderá a representantes de los respectivos concejos, y al no existir norma especial en este sentido frente a las sociedades de economía mixta, se concluye que a estas últimas, por su naturaleza jurídica y por el derecho aplicable, el legislador los excluyó de la intervención del organismo administrativo municipal.

En relación con la argumentación del apelante en el sentido de que a pesar de la suspensión provisional decretada por el Tribunal la Junta Directiva de Metroagua S.A. convalidó "plena y legalmente" el acto administrativo demandado, la Sala hace notar que, por el hecho de debatirse en esta instancia solamente la enunciada medida precautelativa, no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre sus repercusiones jurídicas.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado.

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la suspensión provisional del Acuerdo No. 009 del 17 de agosto de 1990 expedido por el Concejo de Santa Marta, salvo en lo previsto en el artículo 7° del mismo, decretada por el Tribunal Administrativo del Magdalena mediante auto del 4 de octubre de 1990.

Segundo.- En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDO DE CARTAGENA - Decisiones/ **POTESTAD REGLAMENTARIA**

Dentro de una concepción material de la ley, y no simplemente formal u orgánica, las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son actos de categoría legal en nuestro ordenamiento interno, sometidos, por los mismos, al régimen propio de las leyes en todo aquello que no sea incompatible con la normatividad superior del derecho comunitario andino. A pesar de que las decisiones de la Comisión surgen originalmente como normas integrantes del derecho comunitario andino, en virtud de su carácter vincular para los países miembros se convierte también en legislación nacional. El Presidente de la República puede ejercer respecto de tales decisiones el poder reglamentario que le otorga la Constitución, en la medida en que el ejercicio de esa potestad se haga necesario para la cumplida ejecución de esas normas de categoría legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 836. Actor: Guillermo Chahín Lizcano.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Guillermo Chahín Lizcano, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A., contra el Decreto No. 1265 de 10 de julio de 1987, expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Económico y de Minas y Energía y del Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

1. ANTECEDENTES

a. *El acto acusado*

El acto administrativo materia de la demanda popular anulatoria fue proferido por el Presidente de la República, con la firma de sus inmediatos colaboradores atrás indicados, con invocación de estar ejerciendo "sus facultades constitucionales y en especial de las que le confieren los ordinales 3° y 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional". Mediante tal decreto, según expresa su encabezamiento, "se reglamenta la Decisión número 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se dictan otras disposiciones".

El Decreto acusado, que lo es en su totalidad, aparece a folios 2 fte. y vto. del expediente y fue publicado en las páginas 3 y 4 del Diario Oficial No. 37.961 correspondiente a la edición del 13 de julio de 1987 y consta de treinta y tres (33) extensos artículos, por lo cual la Sala se priva de transcribirlo en este fallo.

b. *Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación*

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, expresadas en la demanda (Cfr. fls. 6 a 9):

1. Artículos 2°, 11, 12, 55 y 76 "en su cláusula general de competencia" y 120-3-20 de la Constitución Política.

2. Artículos 106 a 126 del Decreto Ley 444 de 1967, y

3. Los Artículos 1° a 81 del Código Contencioso Administrativo.

En orden a demostrar las violaciones que de estas ciento nueve (109) disposiciones de carácter superior presuntamente hace el decreto acusado, el actor hace referencia a dos categorías de violaciones, una "de índole puramente formal" y la segunda que "implica violaciones materiales a dichos ordenamientos superiores", las cuales desarrolla en cuatro cargos, así:

PRIMER CARGO.- De acuerdo con el artículo 120-3 de la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia, la potestad reglamentaria es "función que compete al Presidente de la República con miras a la cumplida ejecución de las leyes". Es, por tanto, una función que sólo puede cumplirla el Presidente de la República en el supuesto de que exista una ley colombiana que deba ser ejecutada. Y este supuesto implica que la ley objeto de la reglamentación la expida el Congreso Nacional o bien que se trate de "la que expide el legislador extraordinario". Pero en el caso en cuestión tal ley no existe, ya que el Decreto acusado dice reglamentar la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, norma esta que ni siquiera pertenece al ordenamiento jurídico colombiano. Y el Presidente de Colombia solo puede reglamentar leyes colombianas y no disposiciones como las

contenidas en la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Agrega el demandante que aceptar lo contrario implicaría "que estos Decretos reglamentarios de normas supranacionales carecen de control jurisdiccional en Colombia por cuanto para determinar si el reglamento excede o no la norma reglamentada es preciso que se confronte aquél con ésta, y sabido es que ningún Tribunal Colombiano tiene competencia en relación con normas del ordenamiento jurídico andino, y las decisiones del Acuerdo de Cartagena lo son. Esta competencia es exclusiva del Tribunal Andino de justicia...".

SEGUNDO CARGO.- Si se revisa el contenido del Decreto acusado, se observa que contiene previsiones "cuya adopción fue conferida por el constituyente de manera exclusiva al legislador y en ningún caso por la vía del reglamento al ejecutivo". En efecto, el Decreto 1265 regula lo concerniente "a la inversión que los extranjeros pueden realizar en Colombia y a la forma como esa inversión puede ser efectuada", lo cual desarrolla principios constitucionales previstos en el Título II y específicamente en los arts. 11 y 12, que mal pueden hacerse mediante un simple decreto reglamentario, que "no tiene aptitud legislativa".

TERCER CARGO.- El decreto acusado viola el Decreto Ley 444 de 1967, especialmente sus arts. 106 a 126, en cuanto estos resultan modificados, derogados o sustituidos por aquél, con lo cual también se causa agravio "al orden jurídico constitucional".

CUARTO CARGO.- Este cargo lo hace consistir el actor expresa y exclusivamente en que el "Decreto acusado contempla dentro de su contenido el establecimiento de trámites administrativos especiales a que deben someterse los inversionistas extranjeros que difieren de los trámites administrativos que consagra el Decreto Ley 01 de 1984 (Libro Primero), lo que implica que esta norma legal sufre quebranto proveniente del reglamento cuestionado".

c. ***Las razones de la defensa***

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión el mandatario judicial del Departamento Nacional de Planeación, y en la contestación de la demanda el apoderado judicial del Ministerio de Minas y Energía asumen la defensa del acto acusado, con base en los argumentos que en seguida se indican de modo sintético (Cfr. fls. 32 a 34, 39 a 42 y 48 a 54).

a) Diversas normas supranacionales, incluida la Decisión 220 la Comisión del Acuerdo de Cartagena, "se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico nacional y son de obligatorio cumplimiento, tal como lo explicó" la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante el concepto de 6 de septiembre de 1979, con ponencia del doctor Jaime Paredes Tamayo.

b) La potestad reglamentaria "se predica de todas aquellas normas que tengan las características de la ley especialmente su generalidad y obligatoriedad, independientemente de la autoridad que las profiera".

c) Las normas sobre inversiones extranjeras no regulan la capacidad de los extranjeros en Colombia ni establecen limitaciones al ejercicio de derechos de los extranjeros, "sino que forman parte del régimen monetario y cambiario y se limitan a fijar las condiciones en que se pueden realizar inversiones en el país, para que tengan derechos de convertibilidad en divisas".

d) El decreto acusado ciertamente tiende a "reglamentar las normas legales, incluidas las supranacionales, que constituyen la totalidad del régimen de inversiones extranjeras actualmente vigente (Decreto Ley 444 de 1967, la Decisión 220 y otras leyes que directa o indirectamente se refieren al tema)". Algunos artículos del decreto acusado "se limitan a recoger normas legales nacionales (Decreto Ley 444 de 1967, la Decisión 220 y otras leyes que directa o indirectamente se refieren al tema)".

Algunos artículos del decreto acusado "se limitan a recoger normas legales nacionales(Decreto Ley 444 de 1967),como es el caso de los arts. 1°, 3°, 4°, 5°, 10, 16, 25, 26 y 28; otros reproducen, en esencia, las normas de la Decisión 220, entre los cuales vale citar los artículos 12, 13, 17, 20, 22 y 24...".

e) Respecto del cargo de inconstitucionalidad del acto acusado,el actor "hace una referencia de carácter general sin entrar a precisar en qué consistió (...) la transgresión de cada disposición constitucional". Conforme al numeral 20 del art. 120 de la Carta Fundamental, al Presidente compete dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional y celebrar tratados o convenios que deben ser aprobados por el Congreso mediante ley.

f) Respecto de la aplicabilidad de la normativa supranacional, nuestra Corte Suprema de Justicia ha variado su inicial postura basada en las teorías monistas, para acoger las tesis del derecho de integración o derecho comunitario, conforme a la sentencia de la Sala Plena de 27 de febrero de 1975, que en parte se transcribe a fls. 49 a 50, junto con conceptos del doctor Luis Carlos Sáchica sobre el particular, según lo cual las normas andinas tienen aplicación inmediata, no solo aquellas llamadas fundamentales o primarias, sino las derivadas o secundarias, como es el caso, por ejemplo, de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, "sin necesidad de trámite legislativo alguno", por lo que corresponde al Ejecutivo "proporcionar los instrumentos para el cumplimiento o ejecución del mandato, no solo por virtud de la cláusula general de competencia" del art. 120, ord. 2° de la C.N., sino por la facultad prevista en el numeral 20 del mismo artículo.

g) Para respaldar esta interpretación, al fl. 51 se transcriben apartes de una sentencia de 30 de julio de 1982 de la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Roberto Suárez Franco.

h) En cuanto a la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al ser publicada el 18 de mayo de 1987 en el número 20 de la Gaceta Oficial del

Acuerdo de Cartagena, "el Ejecutivo procuró proporcionar los instrumentos para el cumplimiento o ejecución de la norma, mediante la expedición del Decreto 1265 de 1987" aquí acusado, el cual se ajusta "a la Constitución y a la ley".

i) En lo relativo al "régimen legal de la inversión extranjera en Colombia y los derechos del extranjero frente a las normas sobre inversiones extranjeras", las normas de la decisión 220 "no solo no se contradicen sino que se complementan de manera por demás eficaz" con disposiciones del Decreto 444 de 1967, en el cual se fundamenta el decreto acusado.

j) Sobre el "procedimiento de autorización de las inversiones extranjeras", el Decreto 1265/87 "es simplemente un reglamento del régimen de inversiones extranjeras actualmente vigente y por tanto lo relacionado con el trámite de autorización de las inversiones extranjeras no puede encontrarse en las reglas generales contenidas en el Decreto 01 de 1984, sino precisamente en el régimen correspondiente".

En defensa del acto acusado, pues, se pide finalmente denegar las peticiones formuladas en la demanda.

d. ***La actuación surtida***

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencia que aparece a folios 14 a 16 del informativo se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite del caso y se denegó la suspensión provisional del acto acusado impetrada por el actor, medida denegatoria ésta que obedece primordialmente a que el demandante no hace la simple confrontación entre los treinta y tres (33) artículos del decreto acusado frente a todas y cada una de las ciento nueve (109) disposiciones de índole superior que reputa ostensiblemente quebrantadas, como lo ordena el artículo 152 del C.C.A. para que resulte la manifiesta violación que amerite la medida precautelativa.

Por no haber pedido pruebas ninguna de las partes, la providencia del fl. 45 sobre apertura a pruebas se privó de decretar alguna.

Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito (V. auto del fl. 47), solamente ejerció el derecho el mandatario judicial del Departamento Nacional de Planeación, para defender el acto acusado (V. fls. 48 a 54).

En acatamiento al auto del fl. 56 el Fiscal Primero de la Corporación rindió su concepto de fondo visible a fls. 58 a 63.

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (Cfr. fls. 58 a 63):

Comienza por destacar lo que entiende por el concepto de "integración sub-regional", frente a la tesis clásica de aplicabilidad del Derecho Internacional y a las concepciones de la Corte Suprema de Justicia sobre aplicación de normas supranacionales indirectas y normas supranacionales directas (las que requieren incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros para que surtan efectos jurídicos obligatorios y las que surten efectos sin necesidad de su incorporación, en su orden).

A continuación se explaya la vista fiscal sobre el punto atinente a la aprobación del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena por la Ley 17 de 1980 y sus consecuencias para "declarar el derecho comunitario" por parte del Tribunal y la obligatoriedad de las Decisiones de la Comisión frente a los países suscriptores del Tratado, destacando que la Comisión es el "órgano con competencia normativa, como quiera que a través de actos que toman el nombre de Decisiones dicta "legislación vincular" para los Estados y los sujetos de Derecho que actúan en el mercado andino" transcribiendo en seguida apartes del fallo de la Corte Suprema de Justicia del 27 de febrero de 1975, en donde resalta que las Decisiones de la Comisión son reglas que rigen "la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, *sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión* en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto..." (Subraya el Fiscal).

Termina la vista fiscal diciendo: "En conclusión, es cierto que el Decreto 1265 de 1987 es un decreto reglamentario, pero lo es de un acuerdo internacional suscrito por el Estado Colombiano que de por sí ya es norma superior aún cuando supranacional, pero que obviamente necesita de una reglamentación de normas nacionales para su aplicación y para su juzgamiento, razón por la cual, por ejemplo, está conociendo la jurisdicción contencioso-administrativa de esta demanda".

Por tales razones solicita el Fiscal Primero dictar sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

A efectos de resolver la controversia planteada y antes de analizar cada uno de los cargos de la demanda, la Sala considera necesario transcribir algunos conceptos que sobre la naturaleza del régimen del Pacto Andino ha formulado la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, ha dicho la Corte al conocer de demanda de inexequibilidad contra algunos artículos de la Ley 8 de 1973, por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino:

"El pacto subregional andino (acuerdo de Cartagena), suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, por Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú y posterior ingreso de Venezuela, tiene por objeto promover e instaurar la integración económica en el sector formado por los firmantes del documento, quienes contraen compromisos de tipo genérico acordes con las finalidades del convenio, sin mayores precisiones de orden positivo (V. artículo 1°, 2°, 4°, 8°, 24, 25, 38, 69, 86, 89). Al lado de estas cláusulas el tratado establece mecanismos en virtud de los cuales los signatarios quedan sujetos a las normas que dicten los órganos constitutivos de la institución internacional así creada. Tales reglas expedidas por la entidad andina rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, de manera directa, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámites nacionales... Es así como providencias de los órganos del acuerdo son eficaces respecto de las naciones a cuyo cumplimiento se destinan. Desde este punto de vista las disposiciones regionales, en el seno de los Estados que han de aplicarlas, se confunden a menudo, por sus resultas, con las prescripciones del derecho interno, del cual se diferencian por su origen: mientras las primeras derivan de un ente supranacional las últimas proceden de las autoridades internas. Pero versan sobre parecidas materias. La adquisición de poderes reguladores por los órganos comunitarios, en el derecho de integración económica, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes les hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional. Sean cuales fueren las denominaciones apropiadas, en la integración económica de varios países constituye nota relevante y diferencial que éstos pierdan potestades legislativas que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno sobre materias determinadas y que las ganen a su favor los organismos regionales. Al amparo de este fenómeno surgen nuevas figuras en el derecho contemporáneo, figuras cuya inserción en los órdenes internos ha requerido reformas constitucionales. Así ha pasado en Colombia con la enmienda institucional de 1968 que introdujo, con el artículo 11 del acto legislativo de ese año, el texto actual del inciso segundo del artículo 76-18 de la Constitución, que presta carta de naturaleza a instituciones externas con carácter de supranacionales, o sea, con idoneidad para regular nexos de derecho interno con valor a veces superior al del mismo derecho nacional. Después de esta reforma no cabe discusión sobre la capacidad de que pueden gozar ciertas organizaciones internacionales para legislar con efecto en Colombia, sobre asuntos de su competencia en los términos que la Constitución establece, señaladamente en su artículo 76-18, inciso segundo.

"El pacto andino crea un órgano -La Comisión-, compuesto por un representante plenipotenciario de cada país, órgano con aptitud normativa, que se ejerce por medio de decisiones, ...sobre asuntos de la mayor importancia en lo relativo a acción económica,como política general y medidas capaces de imponerla; ...régimen de inversiones extranjeras, marcas, patentes y regalías; ...La Comisión en la órbita de su competencia supranacional, expide legislación vincular para los Estados y los sujetos de derecho que actúan en el seno del mercado andino.

"De otra parte, existe una entidad dotada de competencia para completar, en lo atinente a su cabal ejecución, las decisiones de la Comisión y velar por su cumplimiento, denominada la Junta, compuesta por naturales de la región, en calidad técnica, independientes de los gobiernos...

"Como se ve, la atribución de funciones, en el seno del grupo y relativamente a potestades legislativas o ejecutivas, se ha instituido a imagen del reparto que, en la esfera de los países miembros, diseñan sus ordenamientos de derecho público interno...

"Las decisiones de la Comisión y los actos de la Junta producen resultados en el seno de las naciones que forman el grupo. Decidir si es necesario o conveniente reforzar las determinaciones comunitarias por medio de providencias de derecho interno, es materia que la Constitución colombiana reserva al Ejecutivo, como encargado de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 120-2-3) y sobre todo, por su misión de "dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional" (120-20). El gobierno está capacitado en estos casos para asumir la conducta que deba seguirse y apreciar los motivos que hayan de orientarla.

"...Cuando una norma del derecho regional deba aplicarse, su ejecución se lleva a cabo por mérito propio, directamente, o en la forma que dispongan la Carta comunitaria o el órgano regional competente y según diga, en último término, el Ejecutivo colombiano...

"...el aparte segundo del numeral 18 del artículo 76 de la Carta proclama que el Estado puede obligarse, por medio de convenios debidamente aprobados por el Congreso, sobre bases de igualdad y reciprocidad, a que "sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados". Esto es, creada una institución supranacional para la integración económica y con capacidad de dictar reglas regionales por encima del derecho interno (y a tal categoría pertenece la organización instituida por el Pacto Andino) éste ha de cumplirse en todas sus partes, tanto las que describen objetivos y mecanismo como las que habilitan a sus órganos (la Comisión y la Junta principalmente) para expedir normas de plena eficacia en Colombia. Habida cuenta de que el Acuerdo de Cartagena no establece que los actos de sus órganos para

adquirir validez necesiten forzosamente, como regla, ser aprobados por el Congreso, resulta patente que los incisos segundo y tercero del artículo 2° acusado, que exigen esas condiciones de aprobación legislativa,quebrantan el carácter obligatorio y directo que al convenio, tantas veces mencionado, reconoce el parágrafo segundo del numeral 18 del artículo 76 de la Carta". (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Magistrado Ponente: Doctor José Gabriel de la Vega. Sentencia de 27 de febrero de 1975. Actor: Camilo González Chaparro y otro).

Teniendo como referencia los anteriores conceptos jurisprudenciales, que la Sala comparte, se procede al análisis de cada uno de los cargos planteados en la demanda así:

EN RELACION CON EL PRIMER CARGO.- Respecto de la Decisión No. 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que es la norma reglamentada por el decreto acusado, la Sala considera que se dan las siguientes situaciones:

a) La Decisión No. 220 contiene el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y algunas normas sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Fue expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en cumplimiento del artículo 27 del Acuerdo, que ordenaba lo siguiente:

"Art. 27.- Antes del 31 de diciembre de 1970 la Comisión, a propuesta de la Junta, aprobará y someterá a la consideración de los países miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

"Los países miembros se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen dentro de los seis meses siguientes a su aprobación por la Comisión".

b) En consecuencia, las materias de la Decisión 220 son de aquellas en relación con las cuales, de conformidad con los términos de la jurisprudencia citada, los países miembros del Acuerdo de Cartagena hicieron "una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional". Es decir, que dichos países perdieron sobre esas materias "la potestad legislativa que ejercían con exclusividad por medio de disposiciones de derecho interno", lo cual se traduce en que la potestad legislativa en esas materias es compartida: para los países miembros del Acuerdo corresponde al órgano competente del pacto andino, mientras que para regular las relaciones de cada uno de los países miembros con otros Estados corresponde a los órganos competentes de cada uno de aquellos países,salvo que existan otros acuerdos internacionales con estos Estados. Y en relación con los países miembros del Acuerdo de Cartagena no hay duda de que esa competencia corresponde a la Comisión, según lo previsto en el art. 27 del Acuerdo, ya citado.

c) Por lo mismo anteriormente mencionado, "la Comisión en la órbita de su competencia supranacional, expide legislación vincular para los Estados y los sujetos de derecho que actúan en el seno del mercado andino", según lo expresa la citada jurisprudencia. Si ello es así para la Sala no hay duda de que dentro de una concepción de la ley desde el punto de vista material, aplicable en Colombia, y no simplemente formal u orgánico, es perfectamente compatible concluir que las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena son actos de categoría legal en nuestro régimen interno, sometidos, por lo mismo, al régimen propio de las leyes en todo aquello que no sea incompatible con la normatividad superior del derecho comunitario andino.De tal manera que a pesar de que las decisiones de la Comisión surgen originalmente como normas integrantes del derecho comunitario andino, en virtud de su carácter vincular para los países miembros se convierten también en legislación nacional.

d) Concordantemente con lo anterior, para la Sala es perfectamente posible y jurídico que el Presidente de la República pueda ejercer respecto de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena el poder reglamentario que le ha sido otorgado por el ordinal 3o. del art. 120 de la Constitución Política, en la medida en que el ejercicio de esa potestad se haga necesario para la cumplida ejecución de esas normas de categoría legal, como lo hizo al expedir el decreto demandado. Además, debe recordarse que el mismo Acuerdo de Cartagena, en su art. 27, inciso segundo, ya citado, establece que "los países miembros se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen..." (el de tratamiento a los capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías). Igualmente, en términos más generales, el Tratado de 1979, que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, ratificado por Colombia mediante la Ley 17 de 1980, en su art. 5° dispuso que "los países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena...".

e) Respecto de la afirmación del demandante en el sentido de que "estos decretos reglamentarios de normas supranacionales carecen de control jurisdiccional en Colombia por cuanto para determinar si el reglamento excede o no la norma reglamentada es preciso que se confronte aquél como ésta, y sabido es que ningún Tribunal Colombiano tiene competencia en relación con normas del ordenamiento jurídico andino", ya que "esta competencia es exclusiva del Tribunal Andino de Justicia...", la Sala encuentra que ella no es exactamente cierta.

Al respecto es necesario diferenciar el régimen de control jurisdiccional de los actos expedidos por los órganos comunitarios, de aquellos expedidos por las autoridades nacionales. Los primeros, en virtud de los arts. 17 a 22 del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, están sometidos a la acción de nulidad ante dicho Tribunal, quien puede declarar la nulidad total o parcial de la decisión de la Comisión o de la resolución de la Junta impugnadas, lo cual obviamente no es el caso presente, ya que en este proceso no se está

impugnando la Decisión 220 de la Comisión sino el Decreto 1265 de 1987, expedido por el Gobierno Colombiano. Los segundos, es decir, los actos expedidos por las autoridades nacionales, pueden dar lugar a la llamada acción de incumplimiento prevista en los arts. 23 y siguientes del Tratado, pero sin que dicha acción ni la decisión que se tome tengan incidencia directa sobre el acto impugnado, ya que de allí solo puede resultar que la Junta del Acuerdo emita un dictamen previo motivado o, finalmente, que la sentencia del Tribunal declare el incumplimiento que dicho acto conlleva, quedando obligado el país a "adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia...", sin que el acto desaparezca en virtud de esa última que, por lo mismo, no busca la nulidad sino simplemente la declaratoria de incumplimiento por parte del país que lo expidió.

Por el contrario, como es suficientemente conocido, los actos expedidos por las autoridades colombianas, como es el caso del decreto acusado, expedido por el Presidente de la República, están sometidos al control jurisdiccional propio del país, que, en el caso concreto que nos ocupa, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud del principio general contenido en el art. 216 de la Constitución Colombiana y a través de las acciones tipificadas y reguladas en el Código Contencioso Administrativo, de una de las cuales precisamente hizo uso el actor y con base en ella se está produciendo este pronunciamiento. Este control interno no es desconocido por las normas del ordenamiento comunitario; por el contrario, el art. 27 del Tratado establece que "las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los países miembros incumplan lo dispuesto en el art. 5° del presente Tratado", es decir, cuando dichos países no adopten las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conformen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, o cuando adopten o empleen medidas contrarias a dichas normas o que obstaculicen su aplicación.

En consecuencia, para la Sala es claro que el decreto demandado no es una norma del ordenamiento jurídico andino sino del ordenamiento interno, así sea reglamentaria de otra de aquél ordenamiento y, por lo mismo, la competencia para ejercer su control jurisdiccional corresponde a esta jurisdicción.

Por todo lo anterior, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL SEGUNDO CARGO.- La Sala no considera que el régimen contenido en el decreto acusado pueda calificarse simplemente como una regulación de los derechos civiles de que disfrutan los extranjeros en Colombia, de acuerdo con el art. 11 de la Constitución y que en virtud de esa norma constitucional deben ser los mismos que se conceden a los colombianos. Tampoco cree la Sala que se trate de una regulación de la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, de acuerdo con el art. 12 de la Carta.

En efecto, si bien de acuerdo con las normas citadas el régimen previsto en ellas corresponde a la ley, no puede desconocerse que en virtud de los numerales 20 y 22 del art. 120, también del Estatuto Constitucional Colombiano, corresponde al Presidente de la República "dirigir las relaciones comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional", lo mismo que "regular el cambio internacional y el comercio exterior", materias todas estas con las cuales tiene que ver el contenido del Decreto 1265 de 1987, acusado. Fue así como en el decreto demandado se hizo expresa referencia, además del ya analizado numeral 3° del art. 120 de la Constitución, al numeral 20 de la misma disposición.

Pero, además de lo anterior, la Sala hace notar que si de acuerdo con lo concluido en el análisis del primer cargo, la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a pesar de tener origen supranacional tiene valor equivalente a la ley colombiana y si el acto demandado es un decreto reglamentario de ella, aún en el caso de que la normatividad de este último tuviera que ver con los derechos civiles de los extranjeros en Colombia o con la capacidad y el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, es evidente que dicha normatividad reglamentaria tiene fundamento en la norma reglamentada, de carácter legal, por lo cual no puede hablarse de contrariedad de los arts. 11 y 12 de la Constitución que defieren dicho régimen a la ley.

En consecuencia, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL TERCER CARGO.- Por las mismas razones expresadas al analizar el primer cargo y al final del análisis del segundo cargo, la Sala considera que no puede prosperar este tercer cargo consistente en la violación de los arts. 106 a 126 del Decreto Ley 444 de 1967.

En efecto, si la Decisión 220 tiene valor equivalente a la ley colombiana, es obvio que de acuerdo con los principios generales del derecho tiene la capacidad de modificar, derogar o sustituir, lógicamente dentro de marco de su propia competencia, otras normas de la misma categoría, como es el decreto ley presuntamente violado. Y si el Decreto 1265 de 1987, demandado, es un decreto reglamentario de aquella Decisión, no puede atacarse simplemente por violar el Decreto Ley 444 de 1967, ya que para ello sería necesario demostrar previamente que él desborda el marco de la ley reglamentada (Decisión 220), la cual, esta última, contiene un régimen paralelo al del citado decreto ley, que lo puede haber modificado, derogado o sustituido y que, por lo mismo, su desarrollo a través de dicho decreto reglamentario podría parecer contrariar dicha norma, pero en virtud de que ésta fue modificada previamente por la norma legal reglamentada.

Para el caso presente, como el actor no demostró ni pretendió demostrar que el decreto reglamentario acusado sea violatorio de la Decisión 220, reglamentada, tampoco es posible, en consecuencia, pretender la violación del Decreto Ley 444 de 1967, que pudo ser modificado, derogado o sustituido, para efectos del Pacto Andino, por aquella decisión y, por lo tanto, no puede prosperar el cargo.

EN RELACION CON EL CUARTO CARGO.- Si como ya quedó sentado, el acto acusado es un decreto reglamentario de la Decisión 220, que tiene carácter de ley dentro del ordenamiento interno colombiano, esos dos actos constituyen una unidad jurídica que regula el régimen de capitales extranjeros y algunos aspectos sobre marcas, patentes, licencias y regalías, dentro del marco del derecho comunitario andino. En ese orden de ideas, la Decisión 220 consagró una serie de normas y principios que los gobiernos debían desarrollar para efectos de regular en cada país los temas mencionados, que fue lo que hizo el Gobierno Colombiano con la expedición del Decreto 1265 de 1987, acusado. De tal manera que dicho conjunto constituye el régimen legal aplicable a los temas mencionados en los aspectos tratados por dichas normas.

En consecuencia, si el art. 1° del Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) establece que "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas" y que "en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles", ello implica que teniendo la Decisión 220 la categoría de ley y habiendo establecido un marco para el régimen de capitales extranjeros y el deber del Gobierno de desarrollarlo, este régimen es especial y está excluido en cuanto a procedimientos del régimen general contenido en el Código Contencioso Administrativo, el cual solo será aplicable en lo no previsto y que sea compatible con aquél.

Por lo tanto, tampoco prospera este cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Segundo.- En firme esta sentencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

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 veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO - Improcedencia/ **INTERVENCION DE TERCEROS**

Cuando una parte o tercero interesado en una actuación administrativa recurre por vía gubernativa una decisión administrativa que favorece a otra parte, pero perjudica o lesiona los derechos de otra también interesada en aquélla o de un tercero, así el beneficiado inicialmente con el acto recurrido haya consentido la decisión, ésta no causa ejecutoria que permita el ejercicio del recurso extraordinario de revocatoria, o el ejercicio de la facultad oficiosa de revocar directamente por el órgano o autoridad que la adoptó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 55. Actor: Flota La Macarena S.A.

La sociedad comercial "FLOTA LA MACARENA S.A.", con domicilio en Bogotá, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción -hoy de nulidad con restablecimiento del derecho- consagrada en el C.C.A., vigente entonces (Ley 167 de 1941 art. 67), solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 852 de diciembre 15 de 1982, proferida por el Instituto Nacional del Transporte -INTRA-, en cuanto por su artículo primero se revoca la resolución 523 del 5 de agosto del mismo año, proferida por el indicado Instituto, para que como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se haga la declaratoria de que están vigentes todos los derechos reconocidos en la última de las resoluciones indicadas a ella; se ordene a la Nación, por intermedio del INTRA, o de la autoridad que haga sus veces, que dicte las medidas necesarias

tendientes a reparar los daños ocasionados a la actora conforme a lo que se establezca en el proceso, y si así no se hiciere se condene a la Nación a pagar esos daños en abstracto; que se condene, igualmente, a la Nación y al Intra, solidariamente, a reparar los daños morales sufridos por la demandante, que estima en 1.000 gramos oro, y que, al hacer la liquidación de las condenas solicitadas, se apliquen "las fórmulas de las matemáticas financieras" que vienen utilizando para esos efectos esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, se solicita la condena en costas a cualquier posible opositor de la acción.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Fundamenta su acción en las siguientes razones de hecho y de derecho:

1a. La dirección General del Intra, por medio de la resolución 523 de 5 de agosto de 1982, previo el lleno de todos los requisitos de ley, adjudicó a la actora, entre otras empresas de transporte terrestre, la ruta Bogotá-Medellín, por la vía Villeta-Honda-La Dorada-Puerto Triunfo-Cocorná-Marinilla-Guarne, y viceversa, y fijó además, los correspondientes horarios.

La adjudicación indicada se hizo teniendo en cuenta las propuestas ajustadas a la ley, presentadas por las distintas empresas, la eficiencia de las empresas proponentes, cubrimiento de la ruta por tramos parciales, los índices financieros, la edad promedio del parque automotor, las necesidades de los usuarios, etc.

2a. La actora se mostró conforme con la adjudicación de la ruta y los horarios señalados, por lo cual, habiéndose notificado de la resolución precitada el día 6 de agosto de 1982, renunció a "términos", es decir, a la posibilidad de ejercer el recurso de reposición, único procedente por la vía gubernativa, por lo cual el acto administrativo quedó ejecutoriado, adquiriendo así un derecho subjetivo.

3a. Otras empresas interesadas en la ruta, por el contrario, ejercieron el recurso de reposición, desde luego en su propio interés, recurso que se desató por medio de la Resolución 852 acusada, la cual revoca en todas sus partes la Resolución 523 del mismo año, y, como consecuencia de ello, autoriza la misma ruta ya adjudicada a la demandante, a otras empresas de transporte dentro de las cuales no figura la FLOTA LA MACARENA S.A.

4a. Con ese proceder, según la actora, se quebrantaron las siguientes disposiciones legales:

a. El art. 14 del Decreto Ley 2733 de 1959, entonces vigente, que preceptuaba que transcurridos los plazos que señalaba, sin que se hubiera interpuesto recurso contra el acto administrativo, la providencia quedaba ejecutoriada.

b. El art. 24 del mismo decreto, que establecía que cuando un acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

c. El numeral 1° del artículo 13 del mismo decreto, por cuanto si la actora no ejercitó recurso de reposición contra la resolución 523, no podía, entonces, aclararse, modificarse o revocarse dicho acto creador de una situación jurídica en favor de la actora.

II. SUSPENSION PROVISIONAL

Mediante providencia de 15 de abril de 1983, el señor Consejero conductor del proceso, en ese entonces, admitió la demanda y dispuso la suspensión provisional del artículo 1° de la resolución acusada, por encontrar la ostensible violación de los artículos 14 y 24 del Decreto Ley 2733 de 1959.

Interpuesto el recurso de súplica contra dicho proveído, la Sala de Decisión revocó la decisión de suspensión provisional mediante auto de primero de junio de 1983, por encontrar que no aparecía, *prima facie*, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 24 del Decreto Ley 2733 de 1959, ni tampoco la del art. 13 *ibídem*, también invocada en la demanda.

III. ADICION DE LA DEMANDA

La demanda inicial fue adicionada por la parte actora dentro del término de fijación en lista, para introducir dos nuevos hechos y, como consecuencia de ello, indicar, igualmente, como violado el art. 13 del Decreto 2245 de 1946 (sic), que dispone que el Director del Intra debe consultar con la Junta Directiva del Instituto los proyectos de resoluciones que resuelvan los recursos de reposición interpuestos contra las providencias de la Dirección General que otorguen o nieguen permisos de rutas y horarios.

A la adición de la demanda se le dio el trámite de ley, pero sin que en la providencia respectiva se volviera a decidir sobre la suspensión provisional, tal vez en consideración a que no hubo reiteración sobre esa medida precautelativa.

IV. LA PARTE DEMANDADA

El Instituto Nacional del Transporte se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso, además, las excepciones de inepta demanda y de falta de integración del contradictorio en debida forma, por existir terceros que pudieran resultar afectados con la sentencia que ponga término a la acción.

V.

Por haberse destruido el proceso como consecuencia de los hechos acontecidos en el Palacio de Justicia de Bogotá, en el mes de noviembre de 1985, hubo necesidad de reconstruirlo a solicitud de la parte actora, declarándose en providencia de 5 de junio de 1987 que se tenía por reconstruido y que al tiempo de su desaparición, el proceso se encontraba en la etapa probatoria.

VI.

Dentro del término de traslado para alegar, sólo hizo uso del mismo el señor apoderado del Instituto Nacional del Transporte.

VII. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en concepto de 8 de septiembre de 1989, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previa las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA.- Se deciden, en primer término, las excepciones propuestas por la parte indicada, así:

a. *Inepta demanda:* por haberse demandado tan sólo el artículo primero de la Resolución 852, y dejarse por fuera de la acusación los restantes artículos del mismo acto administrativo, que están íntimamente ligados a los considerandos y al indicado artículo, lo que traería, como consecuencia, de prosperar la súplica de la demanda, una duplicidad de servicios y de horarios con otra empresa a quien se le adjudicó la misma ruta, que crearía, desde el punto de vista fáctico, una anarquía en la prestación del servicio, colocando en grave peligro a los usuarios por el fenómeno denominado "guerreo", que es causa principal de la accidentalidad vial, además de que daría lugar a la subutilización del parque automotor, con el correspondiente impacto en la economía de las empresas y del país.

La excepción no está llamada a prosperar, por cuanto, de un lado, la demanda reúne los requisitos que establecía el antiguo C.C.A. (Ley 167 de 1941) y hoy, el artículo 137 del actual C.C.A., y, además, se acompañaron los anexos necesarios para hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda; y, por cuanto de otro, ni se da el caso de la denominada "proposición jurídica incompleta", a la cual se ha referido esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia en algunas ocasiones, ni la incidencia de una eventual prosperidad de

la súplica de la demanda relativa a la declaratoria de nulidad del artículo primero de la resolución acusada, en la prestación del servicio de transporte terrestre en concurrencia con la empresa "Rápido Ochoa S.A.", tiene que ver con la constitucionalidad o legalidad del acto demandado, a más de que el INTRA tiene la facultad o competencia legal para modificar las rutas y horarios autorizados, o reestructurar el servicio en las zonas que considere necesario, la cual puede ejercer en cualquier tiempo.

b. *No integración del contradictorio en debida forma:* por no haberse vinculado al proceso a las empresas de transporte titulares de situaciones jurídicas, según el acto impugnado, las que se verían seriamente afectadas en caso de prosperar las súplicas de la demanda, lo que hace que nos encontremos en presencia de un litis consorcio necesario de carácter pasivo, como reiteradamente lo ha sostenido el Consejo de Estado.

Según lo que expresa el apoderado de la parte demandada en su escrito visible a fl. 496 del expediente, ya le había planteado a la Sección dicho aspecto y no le prosperó por consideraciones que no se conocen, ya que ni las expresa el memorialista, ni en el proceso reconstruido aparece la providencia o providencias en las cuales se decidió sobre ese particular.

La excepción no está llamada a prosperar, no sólo por lo dicho anteriormente sobre el aspecto de la concurrencia empresarial en la prestación del mismo servicio público por la actora y las empresas que ejercitaron el recurso de reposición que motivó la expedición del acto acusado, que implica que ninguna de ellas pueda alegar derecho subjetivo adquirido que no se configura por un acto de otorgamiento de licencia o permiso para servir una ruta que constituye un servicio público, sino también, por cuanto, las súplicas de la demanda, como se verá a continuación no están llamadas a prosperar, es decir, que pudiera eventualmente hacerse un pronunciamiento sobre la pretensión de que se tienen "vigentes todos los derechos reconocidos" a la actora por la Administración, que conduciría a la concurrencia en la prestación del servicio, con consecuencias para dichas empresas.

En esta forma, quedan decididas las excepciones propuestas, y, en consecuencia, la Sala entrará a decidir el fondo de la contención.

2a. *La expedición irregular del acto acusado, por no haberse consultado el acto acusado con la Junta Directiva del INTRA, según lo dispuesto en el art. 13 del Decreto 2245 de 1976.*

El cargo no está llamado a prosperar, por cuanto como lo observa el apoderado de la demandada (fl. 621 del exp.), la Administración cumplió con la consulta ordenada por el artículo 13 del Decreto 2245 de 1976, tal como aparece en las actas 009 y 0010 de 1982, y así lo reconce el propio apoderado de la parte actora en memorial que obra a folios 475 y 476, en donde transcribe parte del acta No. 10, pero desconociéndole sus alcances frente a las disposiciones del Decreto Ley 2733 de 1959.

3a. *El quebrantamiento del artículo 24 del Decreto Ley 2733 de 1959, vigente en la fecha de los hechos.*

Tal disposición, derogada por el artículo 268 del actual C.C.A., pero reproducida casi textualmente en el artículo 73 del C.C.A. de 1984, según la cual "Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular", no fue quebrantada por el acto administrativo acusado, por las siguientes razones:

La norma hacía parte, como igualmente acontece hoy con el art. 73 del C.C.A., del capítulo sobre el recurso extraordinario de revocatoria directa, que supone precisamente, por tratarse de un recurso administrativo extraordinario y no de uno ordinario, como el de reposición o el de apelación... la existencia de un acto administrativo en firme, es decir, ejecutoriado por haberse notificado y no haberse ejercitado contra el recurso gubernativo ordinario alguno, y en el caso *sub-lite* acontece que si bien es cierto que el acto administrativo contenido en la Resolución 523 de 1982, se notificó a la demandante, quien expresamente manifestó que renunciaba a los términos de ley, lo que implicaba igualmente la renuncia a hacer uso de los recursos gubernativos ordinarios de reposición y de apelación, en el evento de que este último fuera viable, no es menos cierto que siete de las restantes empresas de transporte proponentes para servir la ruta y horarios pubicados por el INTRA, ejercitaron contra la precitada Resolución 523 el recurso de reposición por sentirse afectadas en sus intereses, lo que impidió, de un lado, la ejecutoria de la decisión administrativa y que se creara, por consiguiente, derecho o situación jurídica alguna en favor de la demandante mientras no se diera una decisión sobre el citado recurso, y lo que determinó, de otro lado, que la Administración conservara su facultad o competencia para decidir definitivamente en la denominada "vía gubernativa".

En otras palabras, cuando una parte o tercero interesado en una actuación administrativa recurre por vía gubernativa una decisión administrativa que favorece a otra parte, pero perjudica o lesiona los derechos de otra también interesada en aquélla o de un tercero, así el beneficiado inicialmente con el acto recurrido haya consentido la decisión, ésta no causa ejecutoria que permita el ejercicio del recurso extraordinario de revocatoria, o el ejercicio de la facultad oficiosa de revocar "directamente" por el órgano o autoridad que la adoptó. Si ello es así, como indubitablemente lo es, es evidente que no se puede concluir que en este caso se atendió un "recurso de revocatoria directa" o se hizo uso de la facultad oficiosa de revocar, con quebrantamiento del art. 24 del Decreto Ley 2733 de 1959, vigente entonces. Simplemente, por haberse recurrido el acto administrativo por parte interesada en la actuación, se abrió paso la denominada vía gubernativa y la Administración la decidió, produciendo el acto administrativo definitivo que vino a reemplazar al denominado acto administrativo principal que favorecía a otra parte en la actuación.

El cargo, pues, no está llamado a prosperar.

4a. *El quebrantamiento de los artículos 13 y 14 del mismo Decreto Ley 2733 de 1959, por cuanto, de una parte, el acto administrativo estaba ejecutoriado y, de otra, la titular del derecho o situación no ejercitó recurso gubernativo para que el acto principal se aclarara, modificara o revocara.*

El cargo tampoco está llamado a prosperar, por cuanto como se vio al analizar el cargo anterior, ante la interposición del recurso de reposición por las otras empresas que eran parte en la actuación administrativa, por consideraciones diversas que no es del caso analizar en esta sentencia, resultaba que el acto administrativo contenido en la Resolución 523 de 1982 no quedaba ejecutoriado para nadie, ni siquiera para el beneficiado en primera instancia, ni podía ejecutarse, ya que, por mandato de la ley, los recursos gubernativos ordinarios se conceden en el efecto suspensivo, y, porque, de otro lado, habiéndose ejercitado el recurso de reposición por las restantes siete empresas de transporte interesadas en la ruta y en la actuación, la Administración, como también se dijo atrás, tenía competencia para aclarar, modificar o revocar su decisión inicial, así el beneficiario de la decisión recurrida no hubiera ejercitado recurso gubernativo alguno o el que legalmente procedía, o sea, el de reposición.

Pretender que un acto administrativo que favorece a una persona quede ejecutoriado con la notificación y la manifestación expresa de consentirlo y renunciar a términos de ejecutoria, no obstante que contra el mismo la otra u otras partes o un tercero con interés en la actuación, interpuso recurso gubernativo ordinario, sería lo mismo que pretender que una sentencia queda ejecutoriada y surte todos sus efectos legales, no obstante haber sido recurrida por la otra parte, cuando el favorecido con el pronunciamiento judicial se notifica del mismo, la consiente y manifiesta expresamente que renuncia a su ejecutoria.

Por lo anterior, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

1o. No prosperar las excepciones propuestas por la parte demandada en este proceso.

2o. NIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por la empresa "FLOTA LA MACARENA S.A.".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

El cargo, pues, no está llamado a prosperar.

4a. *El quebrantamiento de los artículos 13 y 14 del mismo Decreto Ley 2733 de 1959, por cuanto, de una parte, el acto administrativo estaba ejecutoriado y, de otra, la titular del derecho o situación no ejercitó recurso gubernativo para que el acto principal se aclarara, modificara o revocara.*

El cargo tampoco está llamado a prosperar, por cuanto como se vio al analizar el cargo anterior, ante la interposición del recurso de reposición por las otras empresas que eran parte en la actuación administrativa, por consideraciones diversas que no es del caso analizar en esta sentencia, resultaba que el acto administrativo contenido en la Resolución 523 de 1982 no quedaba ejecutoriado para nadie, ni siquiera para el beneficiado en primera instancia, ni podía ejecutarse, ya que, por mandato de la ley, los recursos gubernativos ordinarios se conceden en el efecto suspensivo, y, porque, de otro lado, habiéndose ejercitado el recurso de reposición por las restantes siete empresas de transporte interesadas en la ruta y en la actuación, la Administración, como también se dijo atrás, tenía competencia para aclarar, modificar o revocar su decisión inicial, así el beneficiario de la decisión recurrida no hubiera ejercitado recurso gubernativo alguno o el que legalmente procedía, o sea, el de reposición.

Pretender que un acto administrativo que favorece a una persona quede ejecutoriado con la notificación y la manifestación expresa de consentirlo y renunciar a términos de ejecutoria, no obstante que contra el mismo la otra u otras partes o un tercero con interés en la actuación, interpuso recurso gubernativo ordinario, sería lo mismo que pretender que una sentencia queda ejecutoriada y surte todos sus efectos legales, no obstante haber sido recurrida por la otra parte, cuando el favorecido con el pronunciamiento judicial se notifica del mismo, la consiente y manifiesta expresamente que renuncia a su ejecutoria.

Por lo anterior, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

1o. No prosperar las excepciones propuestas por la parte demandada en este proceso.

2o. NIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por la empresa "FLOTA LA MACARENA S.A.".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

AUDIENCIA PUBLICA

El artículo 612 del Código de Comercio no es propiamente ni "especial" ni la concesión de la audiencia pública es "obligatoria" para esta Corporación. La norma especial que regula las audiencias públicas en "todo proceso" que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el artículo 28 del Decreto Ley 2304/89; según esta norma, "es potestativo del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos conceder audiencias públicas, por petición de alguna de las partes, para dilucidar puntos de hecho o de derecho".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá,D.E., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 491. Actor: Sociedad Aktiebolaget Volvo.

Mediante escrito presentado dentro del término para alegar de conclusión (fl. 955), el apoderado en la sociedad demandada solicita se conceda "audiencia pública, la cual por disposición de la norma especial consagrada en el artículo 612 del Código de Comercio es obligatoria concederla al Consejo de Estado".

En primer término, cabe señalar al memorialista que la disposición que cita en apoyo de su solicitud no es propiamente ni "especial", ni la concesión de la audiencia pública es "obligatoria" para esta Corporación.

En efecto, si el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 expresa que "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir..." y el Código de Comercio fue expedido mediante Decreto Ley 410 de 1971, no cabe la menor duda sobre que la norma aplicable en materia de audiencias públicas en los

procesos relativos a la propiedad industrial que sean de competencia del Consejo de Estado lo es el artículo 28 del Decreto Ley 2304 de 1989 (artículo 147 del C.C.A.).

De tal manera que la norma especial que regula las audiencias públicas en "*todo proceso*" que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es, como atrás se expresó, el artículo 28 del Decreto Ley 2304 de 1989. De otra parte, según esta norma, "...es *potestativo* del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos conceder audiencias públicas por petición de alguna de las partes, para dilucidar puntos de hecho o de derecho..." (Subraya la Sala).

Además de lo expresado, el Despacho, luego de estudiado el expediente, considera que a su juicio, no se observan puntos de hecho o de derecho que requieran de la audiencia para ser dilucidados, toda vez que la parte demandada no indica en su escrito cuáles son los aspectos que desea aclarar o explicar, para con base en ellos decidir sobre la procedencia de la solicitud.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Despacho

DECIDE:

NEGAR la audiencia pública solicitada por el apoderado de la parte demandada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PATENTE DE INVENCION/ HERBICIDA - Naturaleza/ **MEDICAMENTO DE USO VEGETAL** - Inexistencia/ **DICTAMEN PERICIAL** - Valor probatorio

La denominación o expresión "medicamento de uso vegetal" no existe por cuanto que "medicamento" es sustancia simple o compuesta, que aplicada interior o exteriormente al cuerpo humano o animal, sirve para prevenir, curar o diagnosticar una enfermedad, de lo cual se deduce que ella no es aplicable a los herbicidas, el cual se usa como tóxico y no tiene fines curativos. El dictamen así rendido es claro, preciso y detallado, pues explica los fundamentos técnico-científicos de las conclusiones a que se llega, y, por ello, la Sala le otorga el valor de plena prueba.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes Nos. 77 y 101 (Acumulados). Acción de nulidad con restablecimiento del derecho promovida en relación con las resoluciones 188 de 1977 y 360 de 1979, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 602 de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico. Acción de nulidad con restablecimiento del derecho instaurada en relación con las resoluciones 299 de 1974 y 178 de 1977, expedidas por la misma Superintendencia y 637 de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico. Actor: Monsanto Company.

La sociedad MONSANTO COMPANY, organizada y existente bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, domiciliada en St. Louis, Missouri, USA, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción -hoy de nulidad con restablecimiento del derecho- que consagraba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, en demandas separadas que se rituaron inicialmente en procesos diferentes y que fueron acu-

mulados por decisión de la Sala adoptada en proveído del 22 de julio de 1988, solicita de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

1. *En el proceso radicado con el No. 77:* a) que son nulas las resoluciones Nos. 188 y 360 de agosto 4 de 1977 y 19 de abril de 1979, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 602 de 25 de mayo de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico; b) que como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la División de Propiedad Industrial de la precitada Superintendencia continuar con los trámites de la solicitud de patente de Invención para la invención denominada "Nuevos Compuestos Herbicidas de N-Amino-Triazina; y c) se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de propiedad industrial, conforme al literal d) del Decreto Legislativo 209 de 1957.

2. *En el proceso distinguido con el No. 101:* a) que se anulen las resoluciones 299 y 178 de agosto 12 de 1974 y julio 22 de 1977, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 637 de mayo 26 de 1982, dictadas por el Ministerio de Desarrollo Económico; b) que como consecuencia de la nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia indicada la publicación de la solicitud de Patente de Invención para una invención denominada "Novedosos acetamilidas útiles como herbicidas y métodos para prepararlos", y continuar los trámites de la solicitud; y c) que se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, conforme al literal d) del Decreto Legislativo 209 de 1957.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA RADICADA BAJO EL NUMERO 77

Se sintetizan en la siguiente forma, en cuanto al aspecto fáctico:

Mediante memorial presentado el 14 de diciembre de 1971, la actora, por conducto de apoderado especial, solicitó Patente de Invención ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, para una invención denominada "Nuevos Compuestos Herbicidas de N(1-alquen-1-il)-AMINO-TRIAZINA", y la indicada dependencia oficial, mediante auto de 1o. de agosto de 1972, expresó: "la presente solicitud se refiere a un herbicida, o seá que se trata de un compuesto no patentable, según establece el artículo 538 del Decreto Ley 410 de 1971".

La solicitante, en escrito de 23 de octubre de 1972, dio respuesta al precitado auto, expresando que "Precisamente por tratarse de un compuesto herbicida, esta solicitud de Patente es susceptible de ser protegida conforme a la ley", no obstante lo cual en Concepto P-0513, la Oficina Técnica de Patentes recomienda negar el privilegio solicitado "por referirse directamente a un compuesto herbicida considerado como medicamente de uso vegetal el cual se encuentra dentro de las excepciones a Patentabilidad según el artículo 538 del Decreto Ley 410 de 1971".

Mediante la primera de las resoluciones acusadas, la Superintendencia resuelve negar la solicitud, con base en los argumentos del auto y del Concepto atrás anotados. Ejercitado contra dicho acto jurídico el recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, la Superintendencia de Industria y Comercio no repone su decisión inicial, y concede el recurso de apelación, el cual es desatado por el Ministerio de Desarrollo Económico al proferir la Resolución 602 de 1982, también demandada, que se notifica al apoderado de la actora el 13 de julio del indicado año, con la cual queda agotada la vía gubernativa.

II. FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 101

También se sintetizan así:

El día 2 de junio de 1972, la sociedad actora solicitó a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, Patente de Privilegio para una invención denominada: "Novedosos acetamilidas útiles como herbicidas y métodos para prepararlos".

El Concepto Técnico P-1451 bis de la Oficina Técnica de Patentes, que lleva fecha 3 de noviembre del mismo año, recomienda negar la solicitud por referirse a un producto o medicamento de uso vegetal, los cuales como tales y según el nuevo Código de Comercio no pueden ser objeto de patente alguna". Esta afirmación fue reiterada en Concepto Técnico P-0527 del 14 de mayo de 1974, según el cual los herbicidas son considerados "por su acción y efectos como medicamento de uso vegetal".

Mediante la Resolución 299 de 1974, la Superintendencia resolvió negar la solicitud de Patente con fundamento en los citados Conceptos Técnicos y agregando, además, entre otros, los siguientes:

a. Que "la verdadera intención del legislador" al expedir el artículo 538, numeral 2°, del Decreto 410 de 1971 (sobre excepciones a la patentabilidad), era: "incluir los productos de uso vegetal" y así lo ha entendido el intérprete en aras de la exactitud y de lo lógico" (?). En consecuencia los herbicidas no son patentables.

b. "Así como la medicina se refiere privativamente al cuerpo humano, y la veterinaria al cuerpo del animal, y se habla de "medicina veterinaria" y de "médico veterinario", *por extensión* puede hablarse de medicina fitopatológica, como la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades de las plantas". (!).

Interpuesto por la actora el recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, por Resolución 178 de 1977 la Superintendencia confirma la decisión inicial, incluyendo en su motivación un concepto del ICA de marzo de 1975, según el cual, atendiendo al "espíritu de la ley y el criterio del legislador al

momento de ser expedido el decreto ley pertinente se conceptúa que los herbicidas y los insecticidas pueden asimilarse a composiciones farmacéuticas de uso vegetal".

El subsidiario de apelación lo decide el Ministerio de Desarrollo Económico por la Resolución 637 de 1982, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida, en consideración a que "el objeto de la solicitud de patente cae bajo la prohibición contenida en el artículo 5° del Decreto 1190 de 1978. Esta resolución se notificó por edicto que fue desfijado el 3 de diciembre de 1982, y con ella queda agotada la vía gubernativa.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS EXPUESTOS EN LOS DOS PROCESOS

En los dos procesos acumulados, la parte actora invoca como disposiciones constitucionales y legales quebrantadas, las siguientes: artículos 20, 63 y 120, numeral 18, de la Constitución Política; artículo 538 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio); y, el artículo 5° del Decreto 1190 de 1978; además, en el distinguido con el número 101, se invoca el artículo 31 del C.C.

Al expresar el concepto de violación, dice la demandante que los "herbicidas" no son *medicamentos vegetales*, es decir, productos farmacéuticos o medicamentos, que, por lo mismo, no sean objeto de patente de invención, como se sostiene en los actos administrativos acusados.

Los "herbicidas" no curan enfermedades de las plantas, como si lo son los productos farmacéuticos y los medicamentos que se aplican interior o exteriormente al *cuerpo* del hombre o de los animales con un efecto curativo o de alivio de las enfermedades. El objeto de los herbicidas es prevenir, disminuir o aliviar las plantas que sean extrañas a un cultivo.

Por ello, considera la parte actora, hay una errónea interpretación de los artículos 538 del Código de Comercio y 52 del Decreto 1190 de 1978 y un claro abuso de poder, que infringe el principio de legalidad en materia de patentes (art. 120-18 de la Carta, en concordancia con el artículo 20 *ibídem*).

IV. EL TRAMITE DE LOS PROCESOS

Los dos procesos que se deciden por medio de esta sentencia, se destruyeron en los luctuosos acontecimientos del Palacio de Justicia de Bogotá, ordenándose su reconstrucción, a solicitud de la parte actora, mediante proveídos de marzo 18 de 1988 (exp. 77) y julio 1o. de 1986 (exp. 101), sin que la parte demandada interviniera en ese momento, ni en las etapas posteriores. Dentro del término de traslado para alegar, sólo hizo uso del mismo el señor apoderado de la parte actora.

Mediante auto de 22 de julio de 1988, la Sala ordenó la acumulación de los dos juicios solicitada por el señor Agente del Ministerio Público, para continuar tramitándose conjuntamente y ser decididos en la misma sentencia.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en concepto de octubre 6 de 1989, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto, teniendo en cuenta los conceptos rendidos por los señores peritos dentro del proceso, los "herbicidas" son sustancias de *naturaleza química* o biológica con capacidad para alterar la fisiología de las plantas que actúan como *malezas*, durante un período suficientemente largo como para impedir su desarrollo normal o causarle la muerte, *sin afectar los cultivos*.

VI. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. ***Las pretensiones del proceso No. 77.***

Como se ha visto, para denegar el trámite de concesión de la patente de invención solicitada por la actora, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como el Ministerio de Desarrollo Económico se fundamentan en el concepto P-0513 de la Oficina Técnica de Patentes de aquella entidad, en donde se expresa que el compuesto herbicida debe ser considerado como "medicamento de uso vegetal", el cual se encuentra dentro de las excepciones a Patentabilidad, según el artículo 538 del C. de Co.

Para contradecir dicho concepto, la parte actora solicitó el dictamen de dos peritos expertos en química, el cual fue rendido de manera separada (fls. 36 a 52, y 54 a 56 del exp. 77) por existir discrepancia entre ellos, razón por la cual se designó a un tercero, también ingeniero químico, (ver folios 60 a 70 del mismo expediente), quien coincidió con uno de aquéllos en que:

1. Los conceptos medicamento, producto farmacéutico, estrictamente hablando sólo son aplicables a humanos o animales.

2. Los conceptos medicamento, producto farmacéutico y las sustancias terapéuticamente activas sólo son aplicables por extensión a los vegetales, enfermos y sólo a ellos.

3. Los efectos de las hierbas y las malezas sobre las siembras y por las relaciones entre ellos, no se pueden considerar a los primeros como enfermedad o causante de enfermedad (sic).

4. Los herbicidas no tienen acción directa sobre la siembra.

5. Los herbicidas no curan nada.

6. Por lo tanto, los herbicidas no se pueden considerar incluidos dentro de las excepciones a la patentabilidad expresadas en el artículo 538, numeral 2°, del Código de Comercio, y en el art. 5° de la decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

7. Los herbicidas no son ni medicamentos de uso vegetal ni pueden asimilarse a composiciones farmacéuticas de uso vegetal.

El tercer peritazgo, coincidente con el segundo de ellos y con el concepto técnico dado por el Departamento de Química de la Universidad Nacional de Colombia con fecha 21 de septiembre de 1984 (folios 113 a 131 del exp.), en donde se expresó que "las malezas compiten con el cultivo por los nutrientes y en la mayoría de los casos dificultan las labores de recolección del mismo, a la vez que disminuyen la calidad de las cosechas cuando las contaminan.

"Los herbicidas son el medio para destruirlas y no el medio para restablecer directamente la salud de un cultivo.

"Los términos 'producto farmacéutico', 'medicamento' y 'sustancia terapéuticamente activa no son excluyentes entre si'; más aún, hay medicamentos que son productos farmacéuticos y sustancias terapéuticamente activas. Es claro que si deben, en las preparaciones comerciales, llevar la aclaración respectiva sobre su uso y dosis.

"Las sustancias para uso vegetal no están comprendidas en las definiciones de los términos anteriores".

En cuanto al dictamen rendido por el primero de los peritos, el doctor Hernando Robles Villa, el señor apoderado de la actora lo objetó por "error grave", por cuanto:

a) el perito alteró las preguntas formuladas en el cuestionario correspondiente, a cuyo tenor debía sujetarse, correspondiendo ese replanteamiento tan sólo al juez.

b) el perito se lanzó a la incierta y peligrosa aventura de determinar el sentido y alcance jurídicos de la norma legal, con poca fortuna y absolutamente ninguna autoridad, pues es un ingeniero químico y no un abogado.

c) el perito pretende que las malezas actúan como "enfermedad" de las plantas, para de ello concluir que los herbicidas son "farmacéuticos o medica-

mentos" de uso vegetal. En auxilio de tan *sui generis* interpretación, invoca el perito a la doctora Virginia Montes de Gómez, química, doctora en ciencias y profesora de la Universidad Nacional, a quien cita fragmentariamente y de manera acomodaticia, razón por la cual ella lo refuta en asocio de otro profesor de la misma Universidad, en el estudio que produjeron para el Departamento de Química de la Universidad Nacional, adoptado por éste y que se hizo llegar al proceso.

En ese concepto se lee que "los herbicidas son *productos químicos* que actúan como *tóxicos* para las malezas y que en ningún momento tienen una actividad curativa o de alivio de una enfermedad".

Para la Sala los experticios dados por el segundo y tercer perito, respaldados con la contestación a la consulta que se hizo al Director del Departamento de Química de la Facultad de Química de la Universidad Nacional, acogida como criterio oficial por ésta, según los cuales la denominación o expresión "medicamento de uso vegetal" no existe por cuanto que "medicamento" es sustancia simple o compuesta, que *aplicada interior o exteriormente al cuerpo humano o animal, sirve para prevenir, curar o diagnosticar una enfermedad*, de lo cual se deduce que ella no es aplicable a los herbicidas, porque: a) los herbicidas no se aplican a organismos humanos ni animales; b) aún si se pudiera aceptar la extensión del término a los vegetales, los herbicidas no tienen ningún efecto curativo ni de alivio a enfermedad del organismo sobre el cual se aplica, ni se usa para diagnóstico; por el contrario su efecto es tóxico; c) el efecto benéfico que se obtiene con su aplicación es indirecto, al eliminar un ser competidor de las plantas objeto del cultivo. Es decir no se aplica ni al interior ni al exterior del organismo que va a obtener el beneficio de su acción, condición esta última necesaria para clasificar como medicamento una sustancia. Tampoco son los herbicidas 'productos farmacéuticos' porque no se usan para la preservación de la salud humana ni animal, ni aún en la de los vegetales, ya que se usa es como *tóxico* para estos últimos organismos y tampoco tiene efectos curativos. Finalmente, no es una 'sustancia terapéuticamente activa' porque éstas se usan sobre organismos que padecen enfermedades", le permiten concluir que los "herbicidas" son sustancias de naturaleza química o biológica con capacidad para alterar la fisiología de las plantas que actúan como malezas, durante un período suficientemente largo para impedir su desarrollo normal o causarle la muerte, sin afectar los cultivos. Es decir, que se trata de una sustancia tóxica para cuya elaboración es necesario conocer los procesos a nivel celular que vienen a ser interferidos por el herbicida, su modo de acción y los daños que ocasiona.

Esos conceptos de los peritos reúnen los requisitos de ley a saber: son claros, precisos y detallados, pues explican los fundamentos técnico-científicos de las conclusiones a que se llega, y, por ello, la Sala le otorga el valor de plena prueba. No acontece lo propio con el concepto del perito Hernando Robles Villa, respecto del cual la Sala debe aceptar la objeción por error grave que le formuló la parte actora, ya que realmente el auxiliar de la justicia no sólo replantea las preguntas formuladas en el interrogatorio, sino que entra en consideraciones jurídicas que

no le competen, para llegar a unas conclusiones totalmente contrarias a las que llegaron los otros dos peritos, respaldados en el concepto rendido por la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional.

Pero, además, la Sala reitera en esta oportunidad la conclusión a que llegara en asunto similar al presente, en sentencia de 15 de junio de 1984, ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado, actor: Monsanto Company, en donde igualmente se acogió dictamen pericial sobre ese particular: "...no se puede hablar de medicamentos de uso vegetal pues medicamento es cualquier sustancia, simple o compuesta, que aplicada interior o exteriormente al cuerpo del hombre o del animal, puede producir un efecto curativo. Por consiguiente no es extensivo a los usos vegetales, según la Comisión de Vocabulario Técnico de la Academia Colombiana de la Lengua. Es un error fundamental considerar un producto químico orgánico regulador del crecimiento o desarrollo natural de las plantas como medicamento, así sea impropio el uso de la palabra 'medicamento' tratándose de vegetales.

"En ninguna forma el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) considera los reguladores del crecimiento de las plantas como productos farmacéuticos o como 'medicamentos de uso vegetal' cuando define los plaguicidas, insecticidas, acaricidas, fungicidas, herbicidas, roedores y reguladores del crecimiento de plantas en el Boletín Divulgatorio No. 72 de octubre de 1982...".

Por lo expuesto, aceptando la objeción por error grave formulada contra el dictamen del primero de los señores peritos y acogiendo el del segundo y tercer perito en razón de su firmeza, precisión y calidad de los fundamentos que le sirven de motivación, habrá de acceder a las pretensiones de la demanda formulada en este proceso radicada bajo el número 77.

2. ***Las pretensiones del proceso 101***

En este proceso, igualmente para negar la Administración el trámite a la solicitud de Patente de Invención para la invención denominada "Novedosos acetamilidas útiles como herbicidas y métodos para prepararlos", se fundamenta en la aseveración de que los herbicidas son considerados "por su acción y efectos como medicamento de uso vegetal". E, igualmente, para contradecir los conceptos técnicos de la agencia estatal correspondiente en los cuales se fundamentan los actos acusados, la parte actora solicitó el dictamen de dos peritos, ingenieros químicos, quienes rindieron su experticio en los siguientes términos:

"...(a) Cuál es el concepto científico de 'medicamento' y el de 'producto farmacéutico'?

"Medicamento: sustancia simple o compuesta que, aplicada interior o exteriormente al cuerpo humano o animal, sirve para curar, prevenir o normalizar una alteración de una función fisiológica, o para diagnosticar la normalidad o alteración de una función fisiológica de dichos seres.

"Producto Farmacéutico: compuesto natural o sintético, sometido por el hombre a diversos procesos que lo hacen apto para su utilización en la preservación de la salud, la curación o alivio de una enfermedad, la conservación de la higiene o el mejoramiento y exaltación de los atributos físicos del ser humano o animal.

"(b) Es conocida en el campo de la química la noción de 'medicamento de uso vegetal'? En caso afirmativo, en qué consisten tales productos?

"Cite ejemplos, indicando su aplicación y sus efectos sobre las especies vegetales.

"NO. Por su definición estricta, el término medicamento excluye su aplicación para los vegetales.

"(c) Cómo se definen científicamente los Herbicidas? Describa su aplicación y sus efectos sobre las especies vegetales.

"*Herbicidas*: Sustancia de naturaleza química o biológica que es capaz de alterar la fisiología de las plantas que actúan como malezas, durante un período suficientemente largo como para impedir su desarrollo normal o causarle la muerte, sin afectar los cultivos.

"El herbicida se puede aplicar en diferente época del período del cultivo:

"a. Herbicida presiembra incorporados.

"b. Herbicida pre-emergentes.

"c. Herbicida post-emergentes.

"Pueden ser aplicados al suelo para que penetren por el sistema radicular o también pueden ser aplicados a las hojas.

"De acuerdo al sistema de penetración son:

"Sintéticos: si actúan en sitio diferente al de su aplicación y, por lo tanto, deben ser translocados.

"De contacto: Actúan en el área donde son aplicados.

"Los herbicidas pueden inhibir el desarrollo de las malezas o causarles la muerte porque afectan uno o varios de los siguientes procesos fisiológicos:

"- La fotosíntesis.

"- La formación de los compuestos ricos en energía y la respiración.

"- La formación o actividad de las membranas celulares.

"- La síntesis de ácidos nucleicos.

"- La germinación, el brote y el crecimiento de las raíces y el coleóptido.

"- Las proteínas.

"(d) Los reguladores o inhibidores de crecimiento están clasificados técnicamente como 'medicamentos'?

"NO. No por su naturaleza, ni por su definición, ni por su uso o aplicación se define o cataloga a estos productos como medicamentos.

"(e) Aún 'por extensión' admite el lenguaje técnico hablar de una medicina fitopatológica, como la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades de las plantas'?

"SI. En el lenguaje técnico está definida la Fitopatología como 'el estudio de las enfermedades de las plantas'. Por lo tanto, si existe una Medicina Fitopatológica, ya que las plantas, como organismos vivos que son, sufren de alteraciones fisiológicas que podrían ser denominadas enfermedades.

"(f) Científicamente está considerada la proliferación de plantas extrañas a un cultivo (v. gr. malezas en un cultivo de algodón) como una 'enfermedad'?

"NO. La proliferación de malezas en un cultivo *no es*, en sí, una enfermedad. Las malezas pueden actuar como hospedantes de agentes patógenos y competir por elementos necesarios para las otras plantas, por lo cual indirectamente pueden dar origen a una alteración de orden fisiológico, pero no son una 'enfermedad'.

"(g) Teniendo en cuenta la forma de aplicación y sus efectos sobre las especies vegetales, puede sostenerse científicamente que los Herbicidas (del latín Herba -hierba- y Coedere -matar-) son 'medicamentos o productos farmacéuticos de uso vegetal'?

"NO. Un herbicida tiende más bien a *producir* que a curar o aliviar una enfermedad en las plantas afectadas. El herbicida, al eliminar (si se aplica en forma apropiada) las malezas, ayudan a que la rentabilidad de los cultivos sea buena, pero esto difícilmente puede considerarse como alivio o curación de una enfermedad.

"(h) La invención objeto de solicitud de Patente a que se refiere el presente proceso es, por sus características, un Herbicida?

"SI. Su estructura química, su composición, su dosificación y su alcance los define como un Herbicida de pre-emergencia aplicada al terreno después de la siembra en un solvente o en forma de un polvo soluble, particularmente en el control de hierbas de hoja estrecha o pastos, selectivo en presencia de cultivos de pasto, pero no en postemergencia.

"(i) Es cierto que la ciencia considera que los Herbicidas, por su acción y efecto son medicamentos de uso vegetal?

"NO. Ya hemos visto como el efecto del herbicida sobre una planta es exactamente el opuesto al de un medicamento: causa en vez de evitar o curar una enfermedad".

La Sala, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen anterior y la competencia e idoneidad de los peritos en la materia controvertida, le reconoce a dicho medio de prueba un valor probatorio indiscutible suficiente para que concluya accediendo a las pretensiones de la demanda, máxime sí se tiene en cuenta que, en la oportunidad legal correspondiente, no fue controvertido y, por otra parte, como ya se expresó en relación con el proceso No. 77, esta misma Sala en asunto similar al presente, acogiendo también otro dictamen pericial, llegó a la conclusión de que los "herbicidas" no se pueden considerar como "medicamentos", que son aquéllos que se aplican interior o exteriormente al cuerpo humano o al del animal, para producir un efecto curativo, no siendo extensivo el término a los usos vegetales.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

1o. Declárase la nulidad de las resoluciones números 188 y 360 de 4 de agosto de 1977 y 19 de abril de 1978, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 602 de mayo 25 de 1982 del Ministerio de Desarrollo Económico.

2o. Como consecuencia de dicha nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, continuar los trámites de la solicitud de Patente de Invención para la invención denominada "Nuevos Compuestos Herbicidas de N-Amino-Triazina".

3o. Ordénase la publicación de la presente sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, conforme al literal d) del Decreto 209 de 1957.- artículo 2°.

4o. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 299 y 178 de agosto 12 de 1974 y julio 22 de 1977, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y 637 de mayo 26 de 1982, dictadas por el Ministerio de Desarrollo Económico.

5o. Como consecuencia de la anterior nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, la publicación de la solicitud de Patente de Invención para la invención denominada "Novedosos acetamilidas útiles como herbicidas y métodos para prepararlos", y continuar los trámites de dicha solicitud.

6o. Ordénase la publicación de la presente sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, conforme al literal d) del Decreto 209 de 1957 artículo 2°.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y archívese.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

ALCALDE - Facultades/ **CELEBRACIÓN DE CONTRATOS/ AFECTACION DE BIENES**

La autorización para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes municipales no está condicionada a una limitación temporal. Tal situación no cambia por el hecho que algunas leyes especiales establezcan términos para adquirir los bienes afectados para la construcción de obras públicas, so pena de que desaparezca automáticamente dicha afectación. En casos como el de la afectación, ésta terminará en virtud del vencimiento el término y si las autoridades pretenden mantenerla, su actuación será ilegal por violación de la ley respectiva, más no por violación del artículo 197-7 de la Constitución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primaria.- Bogotá, D.E., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1208. Actor: Alberto Montoya Montoya.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 27 de enero de 1989.

I. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda***

El ciudadano Alberto Montoya Montoya, en ejercicio de la acción de nulidad,consagrada en el art. 84 del C.C.A., demandó ante, el Tribunal Administra-

tivo del Valle del Cauca la nulidad de los artículos 3° y 4° del Acuerdo No. 020 de 9 de mayo de 1973, emanado del Concejo Municipal de Cartago y solicita que como consecuencia de la sentencia que declare la nulidad del acto impugnado, se declare que quedan sin efecto los decretos reglamentarios del mismo.

b. ***El acto acusado***

Mediante el Acuerdo 020 de 1973, el Concejo Municipal de Cartago (Valle) ordenó el trazado y construcción de unas vías públicas. Las normas cuya nulidad se solicita son las siguientes:

"Art. 3°. La oficina de VALORIZACION MUNICIPAL levantará los planos respectivos y, una vez perfilado su trazo, el ALCALDE iniciará las gestiones correspondientes con los dueños de los predios que resultaren afectados con la ejecución de las obras de que aquí se habla, a fin de conseguir con ellos un arreglo directo sobre la zona o zonas que sean necesarias para la realización de los trabajos reseñados en el art. 1° del presente Acuerdo".

"Art. 4°. Autorízase al Alcalde Municipal para que de conformidad con lo establecido en el C. Fiscal decrete las traslaciones en el Presupuesto Municipal y, sólo en cuanto sean necesarias para la realización de las obras a que se refiere el presente Acuerdo".

c. ***Los hechos de la demanda***

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones puden resumirse así:

1o. Mediante Acuerdo 020 de mayo 9 de 1973 el Concejo Municipal de Cartago dispuso el trazado y construcción de unas vías públicas en esa ciudad; asimismo en él estableció especificaciones técnicas para su construcción y autorizó al Alcalde Municipal "para negociar directamente los predios afectados por la construcción de las vías especificadas a la vez que lo facultó para efectuar traslados en el presupuesto para el pago de los predios que el municipio comprara con destino a las vías públicas...".

2o. Con base en el art. 3° del Acuerdo referido, la Oficina de Valorización Municipal de Cartago congeló los inmuebles afectados a fin de excluirlos del comercio, para que en ellos no se pudiera hacer ningún tipo de construcción.

3o. Las normas demandadas no limitaron en el tiempo las facultades dadas al Alcalde Municipal para efectuar las negociaciones sobre los inmuebles afectados.

4o. Desde 1973 hasta 1986 los alcaldes del municipio no han efectuado las negociaciones de los predios, lo cual ha ocasionado perjuicios a sus propietarios, que no pueden enajenarlos ni construír sobre ellos.

d. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación***

Tanto en la demanda, como en la solicitud de suspensión provisional, el actor considera que con la expedición del acto acusado se violó el artículo 197 de la Constitución Política, en su numeral 7°, debido a que cuando el Concejo Municipal de Cartago autorizó al alcalde para negociar en forma directa la compra de los inmuebles para la construcción de las vías públicas, no lo hizo por un período limitado o *pro-tempore* como lo ordena la referida norma constitucional, por lo que los alcaldes que han ocupado el cargo no han agotado tal facultad por entenderla en forma ilimitada, omisión que ha ocasionado perjuicio a los propietarios de los inmuebles afectados.

En opinión del actor, el análisis del artículo 197 de la Constitución Nacional conlleva a las siguientes conclusiones: los municipios tienen dos órganos administrativos, uno de carácter colegiado, al cual el artículo 196 ibídem califica como Corporación administrativa de elección popular y otro de tipo singular o unipersonal al que el artículo 201 de la Constitución señala como agente del gobernador y jefe de la administración municipal. Con la reforma de 1968 en el artículo 197 de la Constitución Política se atribuyeron al alcalde "expresamente las facultades que allí se contemplan, especialmente la aptitud para recibir autorización del concejo municipal,para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, *pro-témpore* (sic), precisas funciones de aquellas que estén radicadas por la ley o la Constitución en la órbita del Cabildo", por lo que el actor concluye que dichas atribuciones recibidas del Concejo Municipal deben ser ejercidas por los alcaldes "en forma precisa en la materia y en el tiempo".

Considera el actor que las normas que impugna no se ajustan a los lineamientos de la Constitución Política, por cuanto la facultad otorgada al alcalde para efectuar gestiones sobre los predios en los que serían construídas las vías señaladas por el Concejo, "no puede entenderse como una facultad sin límite en el tiempo", porque no es justo que a causa de un acto administrativo los particulares vean vulnerados sus derechos patrimoniales.

En apoyo de sus argumentaciones, el actor cita la providencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 17 de junio de 1983, Consejero ponente Jaime Betancur Cuartas, mediante la cual se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno sobre la naturaleza de las autorizaciones de los Concejos Municipales a los Alcaldes para celebrar contratos. Igualmente cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha lo. de octubre de 1969, que hace referencia al numeral 7° del artículo 197 de la Constitución Política.

e. ***La actuación surtida***

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del *a-quo* visible a folios 19 a 21 del Cuaderno No. 2 se admite la demanda, con denegatoria de la suspensión provisional del acto acusado.

Apelado el auto anterior, en cuanto deniega la medida cautelar provisoria, el Consejo de Estado confirmó la providencia impugnada, mediante auto que obra a folios 31 a 36 del Cuaderno No. 2.

El Alcalde Municipal de Cartago no contestó la demanda, como consta en el informe secretarial que obra a folio 29 del Cuaderno No.1.

Por auto que aparece al folio 30 del Cuad. No. 1, se decretaron las pruebas por el *a-quo*.

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, ninguna de las partes hizo uso de ese derecho.

En el concepto rendido por la Fiscalía ante el Tribunal se solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

Luego de transcribir textualmente el auto mediante el cual la Sección Primera del Consejo de Estado confirmó la providencia denegatoria de la suspensión provisional expresa que: "El Tribunal considera que la autorización conferida al Alcalde de Cartago mediante el Acuerdo censurado le fue dada tanto para invitar a los propietarios de los inmuebles afectados con las obras de trazado de las vías públicas como para celebrar los contratos pertinentes. Dicha autorización está ajustada a derecho pues se considera contemplada en el Art. 197 num. 7° de la Constitución Nacional, a nivel nacional (sic), entendiéndose que se extiende a nivel local también. Evidentemente las autorizaciones para celebrar contratos no pueden darse por un tiempo determinado, como lo sostiene el H. Consejo de Estado".

Concluye el Tribunal manifestando que los perjuicios de que se habla en la demanda, no aparecen acreditados a lo largo del proceso.

En consecuencia, niega las peticiones de la demanda.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones:

Las autorizaciones que se otorgan al alcalde municipal para adquirir inmuebles afectados a causa de una obra pública o por ser considerados de utilidad pública, "deben ser *pro témpore* (sic) ya que el Estado o una Entidad Territorial no pueden otorgar facultades sin límite de tiempo afectando gravámenes de personas particulares, por cuanto sería tanto como aceptar la confiscación de los bienes particulares". En caso contrario, el inmueble quedaría afectado de por vida sin que el propietario pueda disponer de él en ninguna forma.

Por otra parte, señala el recurrente que la ley en desarrollo de la Constitución, indica precisamente a la administración la forma de efectuar contrataciones sobre inmuebles afectados por una obra pública, de forma que si no lo hace en el término concedido para ello, el inmueble automáticamente queda libre del gravamen.

Al respecto, cita el artículo 14 de la Ley 1a. de 1943, el cual transcribe, concluyendo que "si el Municipio no adquiere obviamente a través del Alcalde Municipal el predio afectado en el plazo de dos (2) años a partir de la declaratoria de utilidad pública, éste recobra su libertad".

Igualmente hace referencia a la Ley 09 de enero 11 de 1989, específicamente al artículo 37.

Finaliza su escrito reiterando que con el acto demandado se viola el ordinal 7° del artículo 197 de la Constitución Nacional, así como las otras disposiciones citadas, por cuanto la afectación por causa de obras públicas "no puede ser ilimitada ya que sería tanto como aceptar la existencia de bienes irredimibles".

IV. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente:

Las Leyes 97 de 1913, 1a. de 1943 y 115 de 1948 facultaron a los municipios para disponer lo pertinente sobre urbanismo y planeamiento de las ciudades. En ellas se hizo referencia a los motivos de utilidad pública e interés social con fines de expropiación de predios urbanos.

La propiedad, en los términos del artículo 30 de la Constitución Política, constituye un medio de producción que además de interesar a su titular o beneficiario, tiene importancia para la sociedad; es por ello que se limita el ejercicio del derecho de dominio. El artículo citado hace referencia a las "leyes administrativas" en las cuales "hay subordinación de un sujeto a otro semejante a la comparación que se hace entre el derecho público y el derecho privado, donde el primero se aplica por imperio y el segundo por concierto, sin que se deje de indemnizar, reparar o compensar por el Estado cuando se produzca daño en la aplicación de la ley, frente a los derechos ciudadanos".

Con respecto a las leyes sobre las que el actor basa su escrito de apelación, considera que la Ley 1a. de 1943, en su artículo 14, hace referencia a las propiedades gravadas por el impuesto de valorización, por lo que no es de aplicación en el presente caso. En cuanto a la Ley 09 de 1989, señala que es posterior 16 años a la época en que se profirió el acuerdo demandado, y que además, en su artículo 1° precisa que mantienen su vigencia los Planes de desarrollo que se hayan expedido con anterioridad a ésta ley, que sin embargo, deberán ser adecuados a sus disposiciones dentro del año siguiente a su vigencia.

Sobre la presunta violación del artículo 197 de la Constitución Nacional en su ordinal 7° considera que "quiere decir que, el Concejo puede autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes municipales sin sujeción a término para ello, y puede el Concejo ejercer *pro-tempore* precisas funciones de las que le corresponden al Legislador Municipal, previa la autorización" (sic).

Señala finalmente la imposibilidad de someter un contrato, un empréstito o la enajenación de un bien municipal a un período de tiempo difícil de determinar por múltiples razones de distintos órdenes.

Por todo lo anterior, considera que debe confirmarse el fallo apelado.

V. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Como se desprende claramente de los términos de la demanda, el aspecto central de este proceso consiste en determinar si las autorizaciones que en virtud de la atribución 7a. del artículo 197 de la Constitución, el Concejo Municipal puede conceder al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes municipales, deben ser por un tiempo determinado o no.Dice la norma constitucional citada:

> "Art. 197.- Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:
>
> "...
>
> "7a.) Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a los concejos".

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto que negó el decreto de suspensión provisional de las normas acusadas, la Sala expresó una serie de argumentos para confirmar la decisión del Tribunal, y en ellos mismos se fundamentó el a quo para dictar la sentencia de primera instancia, por lo cual no es necesario transcribirlos en su integridad en esta decisión.

De ellos la Sala hace resaltar solamente los siguientes:

"Pero si se acepta que el Alcalde requiere autorización del Concejo para celebrar tales contratos, surge la siguiente cuestión: ¿la autorización que confiere el cabildo, es "pro tempore"? Así lo sostiene el demandante en la interpretación que hace del numeral 7° del artículo 197 de la Constitución. Sin embargo, la cuestión no es tan evidente como la supone el actor. En efecto, nótese como el numeral en comentario refunde en relación con los Concejos, las atribuciones de que tratan los numerales 11 y 12 del articulo 76 constitucional, en relación con el Congreso, porque la primera parte del texto referido a la administración local expresa: "Autorizar al alcalde para celebrar contratos,negociar empréstitos, enajenar bienes municipales...", autorización que corresponde, mutatis mutandi, a la atribución 11 del artículo 76 cuando preceptúa: "Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Para cumplir estas funciones, la Carta no exige que las autorizaciones sean por tiempo determinado, sino que su ejercicio estará condicionado por el que requiera el contrato, el empréstito o el trámite administrativo de la enajenación, porque resultaría en extremo difícil determinar *a priori* cuánto tiempo requiere cada una de estas operaciones que suponen la concurrencia de voluntades, como son las del Estado y la de la persona pública o privada, que comparece a la celebración del acto jurídico.

"La segunda parte de la atribución 7a. contenida en el artículo 197 de la Carta, permite al Concejo autorizar al alcalde para "y ejercer, *pro tempore,* precisas funciones de las que corresponden a los concejos", atribución pareja a la contenida en el numeral 12 del artículo 76 en relación con las Cámaras legislativas: "Revestir, "pro tempore" al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen". A través de tales autorizaciones el Congreso,como el Concejo, se despoja de competencias suyas para que en su nombre las ejerza el Presidente, como en el ámbito local las puede ejercer el Alcalde. En consecuencia, podría entenderse que, así como las autorizaciones para ejercer precisas funciones de las propias de los concejos, han de ser limitadas en el tiempo, las destinadas a permitir la celebración de contratos, negociación de empréstitos y enajenación de bienes municipales, no lo son, por cuanto la conjución copulativa "y", en este caso, une claúsulas distintas" (fls. 33-34 del Cuad. No. 2).

La Sala hace notar que si bien la argumentación anterior estuvo presentada en términos condicionales, ello se debió a que se trataba, como ya se expresó, de una decisión sobre suspensión provisional, la cual requería de un análisis definitivo con ocasión del estudio del proceso para fallo. Pero la Sala encuentra que el desarrollo del proceso no ha traído nuevos elementos que modifiquen lo expresado en aquella ocasión procesal.

Por el contrario, el análisis más detallado propio del fallo definitivo ratifican a la Sala en aquella posición.

Al respecto, es importante hacer notar que la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aducida por el actor en su demanda, permite concluir que también esa alta Corporación diferencia, para efectos del requisito de temporalidad, las autorizaciones para celebrar contratos de aquellas que se refieren a atribuciones propias del Concejo y que son delegadas al alcalde. En efecto, en la misma cita transcrita en la demanda se lee:

> "Esta norma es también enteramente nueva. Implica que es ya función constitucional, y no simplemente adquirida por ministerio de la ley, la de aprobar o no contratos en general, empréstitos y enajenación de bienes raíces o muebles, pudiendo siempre autorizar al alcalde para tales actos, sea para negocios concretos o para una serie de ellos, relativos a determinadas actividades, o con relación a su cuantía, pues estas y otras modalidades de autorización son posibles y objeto propio de la reglamentación por ley. Y al igual de lo previsto para el Congreso en el numeral 12 del artículo 76, en lo sucesivo es legítimo que los concejos autoricen pro tempore al Alcalde para ejercer algunas de sus propias atribuciones" (Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 1o. de 1969. Magistrado ponente: Doctor Hernán Toro Agudelo. Actor: César Castro Perdomo y otro. Gaceta Judicial Tomo CXXXVII. Pág. 392).

Como puede verse fácilmente en el aparte anterior, de él no se deduce, como lo pretende el actor, que la autorización para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes municipales deba estar condicionada a una limitación temporal. Por el contrario, lo que de allí se desprende es que esa condición de temporalidad (autorización *pro tempore*, en los términos de la Constitución), está referida a aquellas autorizaciones similares a las previstas para el Presidente por parte del Congreso en el numeral 12 del artículo 76, para ejercer "precisas funciones de las que corresponden a los concejos".

La situación descrita no cambia por el hecho de que algunas leyes especiales como las citadas por el actor en la sustentación de su recurso (Ley 1a. de 1943, art. 14, y Ley 09 de 1989, art. 37) establezcan términos para adquirir los bienes afectados para la construcción de obras públicas, so pena de que desaparezca automáticamente dicha afectación. Precisamente el objetivo de esas leyes es el de evitar los perjuicios excesivos que podrían sufrir los propietarios en razón de la afectación indefinida, a los que hace referencia el actor. Pero ello es independiente de que la autorización del concejo para celebrar los contratos correspondientes pueda ser sin limitación temporal, pues nada obsta para que dicha autorización sea conferida sin ese límite, de acuerdo con el ordinal 7° del artículo 197 de la Constitución, a pesar de que en virtud de una ley específica el alcalde deba celebrar el contrato dentro de determinado término. De tal manera que en casos como el de la afectación, esta terminará en virtud del vencimiento del término y si las

autoridades pretenden mantenerla su actuación será ilegal por violación de la ley respectiva, más no por violación de la citada norma constitucional.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Seccion Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.- CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha 27 de enero de 1989.

Segundo.- En firme esta sentencia, y previas las anotaciones de rigor, envíese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia/ **SERVICIO PUBLICO/ TASA/ IMPUESTOS**

La Sala en la providencia recurrida para llegar a la conclusión de que se había cumplido el requisito de "la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento, por confrontación directa", y, que por ello había lugar a decretar la medida precautelativa, no sólo tiene en cuenta disposiciones de orden constitucional no citadas como quebrantadas y respecto de las cuales no hizo sustentación alguna, sino que entra en una serie de consideraciones jurídicas sobre lo que es el impuesto y la tasa, y sus diferencias desde el punto de vista filosófico-jurídico, extrañas a la filosofía que informa la figura de la suspensión provisional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las Resoluciones Nos. 28 y 221 de abril 21 y 17 de noviembre de 1987, respectivamente, dictadas por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1504. Actor: Carlos E. Campillo P.

Se resuelve sobre el recurso de reposición Interpuesto por la parte demandada contra el auto de 29 de agosto de 1990, en cuanto dispuso admitir la demanda y decretar la suspensión provisional de las disposiciones respecto de las cuales se solicitó tal medida provisoria.

EL AUTO RECURRIDO

En proveído de 29 de agosto del año en curso, la Sala dispuso admitir la demanda por encontrar satisfechos los requisitos de orden procesal exigidos al efecto.

En cuanto al decreto de suspensión provisional adujo ésta, en síntesis, lo siguiente:

1. Las tarifas que por los servicios de energía eléctrica y telefónico deben cancelar los usuarios de tales servicios, se descomponen según los actos demandados en un cargo fijo mensual y un cargo por consumo.

El primero, independiente del consumo que haga el usuario se determina en función exclusivamente "del estrato socio-económico en que se encuentre clasificado el inmueble", tiene por tanto, una naturaleza separada del servicio. La esencia del cargo fijo *es su existencia ajena a una contraprestación que el usuario debe cancelar* ordinariamente por el acceso, permanencia y adquisición de la energía eléctrica y del servicio de comunicación telefónica".

El segundo es una contraprestación por el servicio (energía o teléfono) prestado. "Es, pues, el pago por la adquisición de unos bienes y servicios, lo cual significa que hace parte del intercambio comercial de servicio por dinero".

Estos conceptos en los actos parcialmente acusados, se precisan así:

"a) Para el servicio de energía, la resolución 28 de 1987, dice:

"El cargo por consumo se liquidará aplicando el siguiente procedimiento: El consumo total del usuario se determinará por bloques de consumo según la clasificación dada anteriormente. Cada uno de los kilovatios-hora correspondientes al primer bloque de consumo se liquidará a la tarifa fijada para este bloque; cada uno de los kilovatios-hora correspondientes al segundo bloque de consumo se liquidará a la tarifa establecida para tal bloque; y así sucesivamente se repetirá el procedimiento hasta cubrir la totalidad del consumo del usuario".

"Para el servicio telefónico, la resolución 221 de 1987 dice:

"El cargo por consumo se liquidará multiplicando el número de impulsos registrados por las tarifas establecidas a continuación".

"En ambos casos es evidente que los valores establecidos por las resoluciones son la contraprestación que el usuario paga por adquirir la cantidad de servicio (fluído eléctrico y comunicación telefónica) que mensualmente haya consumido según los sistemas tecnológicos de cuantificación (kilovatios-hora o impulsos registrados) prescritos para los mismos. Es una relación mercantil de intercambio que las personas establecen con la empresa del Estado, única proveedora de esos

servicios y bienes. La empresa entrega al particular el tanto de servicio que éste consuma y necesite al precio que indique la orden de pago respectiva en las condiciones de modo, tiempo y lugar indicadas por la empresa oficial. El cargo por consumo opera en una relación sinalagmática que significa siempre el pago por algo que se adquiere, es decir, por la electricidad y la comunicación telefónica, es un intercambio, que por lógica definición, no es unilateral ni gratuito.

"Esta característica de intercambio es lo que vertebra el elemento definitorio de la *tasa*.

"Así las cosas, el derecho público especializado en los temas tributarios fiscales y de hacienda pública, ha ubicado las *tasas* como uno de los ingresos del Estado que, al tenor de las normas, son taxativos y así figuran en los presupuestos anuales que han de ser aprobados por los cuerpos colegiados de elección popular. Las tasas tienen esencialmente una doble contraprestación, y el señalamiento de sus tarifas lo hace la empresa oficial que preste el servicio de acuerdo con los criterios de estimación de costos y las políticas en esta materia.

"En tal sentido los llamados "cargos por consumo" que figuran en las resoluciones demandadas corresponden exactamente a las denominadas tasas cuyos valores (tarifas) son aprobados por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, tal como aparece en el texto de aquellos actos administrativos y pertenecen, ciertamente, a su competencia".

Diferente es la situación que se presenta frente al Impuesto, cuya vigencia no depende de la satisfacción individual de necesidades, sino del ejercicio del poder soberano del Estado quien unilateralmente y de manera general impone a las personas sometidas a su imperio el deber de contribuir a la atención de sus gastos. "En tal virtud el impuesto es una obligación de las personas de contribuir con parte de su riqueza en las cargas financieras del Estado".

"Frente al "cargo fijo" la Sala encuentra que sustancialmente, sin mayores análisis, cae en la definición del impuesto porque las Resoluciones y el Decreto 2545 de 1984 (que lo llama cargo básico) lo independizan de cualquier obtención de servicio o bien suministrado por las Empresas Municipales de Cali. Carece este pago de la contraprestación propia de la tasa y su hecho generador es la ubicación del inmueble, que cuenta con servicios de energía y acueducto, en las categorías sociales que las resoluciones atacadas indican en sus artículos segundos. Claramente está dicho en ellas que su pago es extraño al consumo y, obviamente, que no es una contraprestación a EMCALI por energía o comunicación telefónica. Es una suma que de manera general y obligatoria deben pagar quienes han tenido acceso con sus inmuebles a los servicios de energía y teléfono.

"Los decretos extraordinarios 3069 de 1968 y 149 de 1976 no crearon, pues, esa carga ni las leyes que concedían facultades legislativas al Presidente ni la permiten (Cfr. Leyes 65 de 1967 y 28 de 1974). Tampoco la facultad de establecerlo pertenece al Gobierno en uso de la potestad reglamentaria ni mucho menos

a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. Los artículos 43 y 76 de la Constitución atribuyen la potestad de establecer impuestos al Congreso de la República como es bien sabido en Colombia" (fls. 24 a 37).

Con relación a la decisión anterior se produjo salvamento de voto de uno de los Consejeros integrantes de la Sección, el cual se contiene a folios 39 a 43 del expediente, fundamentándose éste, en resumen, en que de una parte la providencia se sustenta en la violación de normas que el actor no señala como infringidas y de otra en que aún frente a las normas que se afirman vulneradas no se presenta la manifiesta infracción, pues para deducirla debieron realizarse "una serie de reflexiones alrededor de normas invocadas, de jurisprudencias y de consideraciones teóricas, que son extrañas a una decisión de suspensión provisional y que deben ser objeto del análisis de fondo al momento de la sentencia".

EL RECURSO

La parte demandada expone, en síntesis, los siguientes planteamientos:

a. La providencia de 29 de agosto de 1990 debe revocarse en cuanto admitió la demanda, en razón a que los actos administrativos demandados no fueron individualizados con toda precisión como lo prescribe el artículo 137 del C.C.A. en la medida en que al no haber sido demandada también la nulidad del artículo 5° de los Decretos 2545 de 1984 y 189 de 1988, no se integró la proposición jurídica completa, pues "*La validez de los actos controvertidos depende, por el aspecto de su contenido, totalmente de tales estatutos reglamentarios*", puesto que el artículo 5° de los Decretos citados habilitan a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos para cobrar a los usuarios de los servicios de energía eléctrica y teléfono cargos fijos, siendo en consecuencia inútil una eventual declaratoria de nulidad de los actos acusados, ya que estando aquellos vigentes y gozando de la presunción de legalidad, la Junta Nacional de Tarifas podría expedir otros actos ordenando los mismos cargos fijos que el demandante hoy cuestiona.

b. Igualmente, pretende la revocatoria de la suspensión provisional decretada, por cuanto, de una parte, el actor omitió señalar como violadas normas indispensables para efectos de la prosperidad de la suspensión provisional y de otra parte, no se presenta ostensible contradicción con las disposiciones que fueron invocadas.

En cuanto concierne al primer planteamiento expone que el cargo que se endilga a los actos acusados radica en la afirmación de ser éstos creadores de un impuesto pero incurre el actor en el error de omitir señalar como violadas las normas que establecen las competencias tributarias del Estado, por lo cual no puede efectuarse la confrontación para deducir su posible violación, a más de que para arribar a la conclusión de que se trata en efecto de la creación de un tributo se requiere de un complejo raciocinio y del concurso de elementos probatorios.

En lo que atañe al segundo de los argumentos esgrimidos alega que los actos acusados encuentran respaldo legal en los Decretos Nos. 2545 de 1984, artículo 5°, sustituído por el Decreto No. 1555 de 1990 y 189 de 1988, artículo 5°, a más de que el Decreto No. 3069 de 1968, artículo 3°, no sufre quebranto abrupto al incorporarse en la tarifa para los servicios públicos elementos distintos al consumo, siendo el respectivo factor progresivo en función del estrato socio-económico (fls. 48 a 59).

CONSIDERACIONES

I. Es evidente, como lo afirma el recurrente, que el artículo 5° del Decreto Reglamentario No. 2545 de 1981 prevé el cobro de un "cargo básico mensual" por el servicio de energía eléctrica y que el artículo 5° del Decreto No. 0189 de 1988 contiene igual previsión al incluir un "cargo fijo" dentro de la tarifa a cobrar por el servicio telefónico.

Ello no significa sin embargo que los actos demandados no hayan sido individualizados con toda precisión, omitiéndose así el requisito establecido en el numeral 2) del artículo 137 y en el artículo 138 del C.C.A. Si bien las resoluciones Nos. 28 y 221 de 1987 en las disposiciones acusadas incluyen los mencionados cargos, ello no significa que al no impugnarse los Decretos citados se incurra en imprecisión en cuanto al señalamiento de los actos acusados. A lo sumo tal defecto o error como lo califica el recurrente, puede incidir en la decisión que haya de proferirse en lo que atañe a la legalidad de aquéllas.

De otra parte, en firme o ejecutoriada la decisión sobre suspensión provisional de los efectos de las disposiciones demandadas no puede la autoridad que las profirió -Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos- reproducirlas expidiendo al efecto otros actos administrativos, pues ello implicaría desconocimiento de lo preceptuado en el articulo 157 del C.C.A. que prohibe reproducir los actos anulados o suspendidos por quien los dictó, si conservan en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto desaparezcan los fundamentos legales de tales decisiones jurisdiccionales, so pena de que los efectos de los nuevos actos sean a su vez suspendidos provisionalmente. No es pues inocua, como pretende el actor, la eventual declaratoria de nulidad de los actos demandados.

Al no encontrar la Sala insatisfecho el requisito de la demanda, señalado por el recurrente, no procede acceder a revocar el auto recurrido en cuanto dispuso la admisión de la misma.

Pero, además, debe observarse que los eventuales defectos en la postulación de una demanda admitida por el juez administrativo, no puede servir de fundamento para solicitar la revocatoria de la medida de suspensión provisional. Los argumentos deberán ser otros, fundamentalmente tratándose de una acción de

nulidad, la circunstancia de no aparecer, *prima facie*, el quebrantamiento de la norma superior de derecho.

II. Reiteradamente ha dicho esta Corporación, inicialmente a través de su Sala contencioso-administrativa, después por medio de las diferentes secciones que integran dicha Sala, que esta benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción de nulidad, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y una norma de carácter superior, que deba respetarse. Los actos administrativos llevan en sí implícita una presunción de legalidad. Debe suponérseles conformes con las disposiciones superiores en la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición es procedente la suspensión provisional, porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa con argumentos de mayor o menor fuerza en un simple auto, dictado sin que se hayan producido pruebas, sin que se hayan oído alegatos de las partes, etc.

La flagrancia es tanto como a primera vista, sin duda, que no requiera circunloquios, ni reflexiones profundas; o sea, que de la comparación de una y otra norma, colocadas como en doble columna, surja evidente la contrariedad. No es posible, por consiguiente, la suspensión provisional si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea en la doctrina que lleven consigo las palabras con que esté redactada la norma superior, o respecto a las figuras o instituciones jurídicas, o los conceptos sobre determinado fenómeno jurídico que juega papel en la contención.

En el caso *sub lite,* como se ha visto, la Sala en la providencia recurrida para llegar a la conclusión de que se había cumplido el requisito de "la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento, por confrontación directa", y, que por ello, había lugar a decretar la medida precautelativa, no sólo tiene en cuenta disposiciones de orden constitucional no citadas como quebrantadas por el demandante y respecto de las cuales no hizo sustentación alguna, sino que entra en una serie de consideraciones jurídicas sobre lo que es el impuesto y la tasa, y sus diferencias desde el punto de vista filosófico-jurídico, extrañas a la filosofía que informa la figura de la suspensión provisional, que, como se ha dicho, no permite hacerlo, debiendo limitarse el juez administrativo, en esta oportunidad, a establecer la evidente, la patente, la manifiesta, clara, ostensible contradicción entre acto acusado y la norma superior.

En efecto, como bien se expresara en el salvamento de voto a la providencia recurrida, producido por el señor Consejero Libardo Rodríguez, la manifiesta violación en la cual se fundamenta la providencia que decretó la suspensión no es de ninguna de las disposiciones invocadas por el demandante. En efecto, dicha providencia se basa principalmente en el Decreto 2545 de 1984, parágrafos de sus artículos 5° y 6° (fl. 33); en las leyes 65 de 1967 y 28 de 1974, y en los artículos 43 y 76 de la Constitución Política, normas ellas que no son invocadas

como fundamento de la petición de suspensión provisional y ni siquiera como fundamento de la demanda.

Por esas consideraciones, y por cuanto además es en la sentencia en donde habrá oportunidad de decidir si los "cargos fijos" son un impuesto que debe ser objeto de creación y reglamentación por el Congreso de la República, y no una tasa, la providencia recurrida deberá ser revocada, para en su lugar, denegar la suspensión provisional solicitada.

Finalmente, como no se ordenó la notificación personal del auto admisorio de la demanda al señor representante legal de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, persona jurídica de derecho público que puede resultar afectada con la sentencia que ponga término a la acción y, por tanto, con interés directo en las resultas del proceso, se adicionará el auto admisorio de la demanda en tal sentido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o. Revocar el numeral 6° de la providencia de fecha 29 de agosto de 1990, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

2o. En su lugar, se niega el decreto de suspensión provisional solicitado en la demanda.

3o. Adiciónase la providencia de 29 de agosto de 1990, dictada por la Sección, en el sentido de ordenar la notificación personal de la demanda al señor representante legal de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI, con sede en la mencionada ciudad.

Para tal efecto, se comisiona al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, término de la comisión: quince (15) días.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta, Salvó voto.

SERVICIO PUBLICO/ TASA/ IMPUESTO/ JUNTA NACIONAL DE TARIFAS - Facultades - (Salvamento de Voto)

Los denominados cargos de consumo traducen la figura de la tasa, cuyo arquitrabe jurídico, que lo es la tarifa, es aprobada por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. El llamado cargo fijo, registra las características del impuesto, cargo impositivo que no podía ser establecido por la indicada junta, por carecer de competencia para ello.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR RODRIGO VIEIRA PUERTA

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 1504. Autoridades Nacionales. Actor: Carlos E. Campillo P.

Con el debido respeto me permito discrepar de la decisión adoptada por la Sección Primera, en providencia del siete de marzo del año en curso, en cuanto revocó el numeral 6° del auto de 29 de agosto de 1990, por el cual se había decidido la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 28 y 221 de 21 de abril y 17 de noviembre de 1987, respectivamente, originarias de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, en la parte y contenido que se consignan en la decisión materia de revocación.

Para el suscrito Consejero, los denominados cargos de consumo traducen la figura de la tasa, cuyo arquitrabe jurídico económico, que lo es la tarifa, es aprobada por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos. Su naturaleza, como se expone esencialmente en el auto que hubo de acoger la medida precau-

toria, penetra en la esfera del intercambio, de la relación sinalagmática y onerosa. Esa significación de primaria intelección y de conceptuación de universal recibo, difiere sustancialmente del impuesto, que descansa sobre un fundamento de filosofía política, de operatividad del poder soberano del Estado, con un sentido de obligatoriedad unilateral y gravitante sobre una generalidad de sujetos destinatarios. Ahora bien, en las manifestaciones de voluntad adminitrativas enjuiciadas, el llamado cargo fijo, en forma por demás clara, registra las preanotadas características.

Es la misma normatividad cuestionada la que distingue el cargo por consumo del cargo fijo como que éste es "...independiente del nivel de consumo y su valor dependerá del estrato económico en que se encuentre clasificado el inmueble...". Ese cargo impositivo no podía ser establecido por la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, por carecer de competencia para ello.

Son en síntesis, las razones expuestas en la providencia que ahora se revoca, las que a juicio del suscrito, conservan su valor jurídico y contenido de certeza, para el decreto de la medida cautelar en ella decidida.

Comparte sí el suscrito Consejero la previsión 3a. de la parte resolutiva que decide adicionar la providencia de 29 de agosto de 1990, dictada por la Sección, en el sentido de ordenar la notificación personal de la demanda al señor representante legal de las Empresas Municipales de Cali -EMCALI-.

Atentamente,

Rodrigo Vieira Puerta

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia/ **DEROGATORIA**

Si bien es cierto que para que proceda la suspensión provisional basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, debe entenderse, en principio, que tal disposición debe ser preexistente al acto impugnado. Un régimen contrario al expuesto conllevaría a la absurda situación de que cada vez que se modifique cualquier estatuto legal todas las regulaciones que se dictaron con fundamento en aquél sean susceptibles de demandarse ante el juez administrativo. En esos casos, muy posiblemente el fenómeno jurídico que se presenta es el de la derogatoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1670. Actor: Eduin de la Rosa Quessep.

Procede la Sección Primera de la Corporación a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 16 de noviembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, en cuanto denegó la suspensión provisional de algunas normas de la Ordenanza No. 07 del 6 de diciembre de 1984, por la cual se adoptó la legislación fiscal del Departamento de Sucre.

LAS NORMAS ACUSADAS

Las normas cuya suspensión provisional se solicita son las siguientes:

1. El parágrafo del artículo 48, que dice: "La Contraloría Departamental, podrá exigir, cuando lo juzgue conveniente, un mayor número de cotizaciones a los proveedores inscritos o solicitarla directamente para mayor información en el comercio local".

2. El literal e del artículo 170, que expresa: "El contralor departamental o su delegado, con voz pero sin voto".

3. El parágrafo 2° del artículo 170, en la parte que dice: "...y refrendada por el Contralor previo a su envío mediante oficio al almacenista general para que proceda a hacer los pedidos".

4. El artículo 173, en la parte que expresa: "La Contraloría General del Departamento reglamentará el funcionamiento de la Caja Menor y la de los Organismos Descentralizados que la establezcan".

5. El artículo 199, en la parte que dice: "...y el Contralor General del Departamento".

6. El literal d) del artículo 340, que expresa: "Autorizar por escrito ante los Bancos respectivos la firma y sello de los auditores para efectos de refrendación de los cheques que giren las entidades sometidas a la fiscalización directa y permanente, disponiendo que con la presencia de los auditores se registren la firma y sello de los cuentadantes".

7. El artículo 353 que define e indica la forma de ejercer el control previo.

8. El artículo 354 que indica las funciones que debe cumplir la Contraloría para ejercer el control preceptivo.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora, en el acápite de la demanda correspondiente a la solicitud de suspensión provisional expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 4 y 5):

Las normas cuya suspensión provisional se solicita, excepción hecha de los artículos 353 y 354 del Código Fiscal de Sucre, infringen en forma manifiesta el artículo 17 de la Ley 3a. de 1986 y el artículo 247 del Decreto 1222 del mismo año que prohiben a las contralorías ejercer funciones administrativas, salvo las inherentes a su propia organización. En efecto, son funciones típicamente administrativas el giro de cheques, la refrendación de órdenes de compras, la intervención con voz en las Juntas de Compras, la facultad de pedir cotizaciones y reglamentar las cajas menores, sobre las cuales la Contraloría no puede tener injerencia alguna, salvo la de realizar el control fiscal.

Por su parte, los artículos 353 y 354 del Código Fiscal de Sucre violan de manera flagrante el artículo 313 del Decreto 1222 de 1986 por cuanto mientras

los primeros establecen el control previo sin excepciones, el segundo señala que en materia de contratación solo existe el control posterior.

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que le asistieron al Tribunal de Sucre para negar la suspensión provisional de los actos demandados son, en síntesis, las siguientes (fl. 37):

La violación de normas superiores que se alega por el demandante no es manifiesta u ostensible, ya que para llegar a esa conclusión habría que hacer un detenido y cuidadoso estudio de los efectos de la ley en el tiempo, así como de su retroactividad o retrospectividad, toda vez que el acto acusado fue expedido en 1984, es decir, antes que las normas superiores que se dicen violadas (Ley 3a. de 1986 y Decreto 1222 de 1986).

La violación aducida tampoco resulta manifiesta, porque para efectuar una comparación a doble columna habría que establecer, previamente, si las funciones que se asignan en el acto acusado a la Contraloría Departamental y sus dependencias, son netamente administrativas o, por el contrario, fiscalizadoras, lo cual debe ser objeto de estudio de fondo y no de la providencia que admite la demanda.

LAS RAZONES DEL IMPUGNANTE

En su escrito de apelación, la parte actora expresa de la siguiente manera su inconformidad con la providencia que denegó la suspensión provisional solicitada (fls. 41 a 43).

Al señalarse en el literal d) del artículo 340 de la Ordenanza No. 07 de 1984, como funciones del Auditor General, la de autorizar ante los bancos la firma y sello de los Auditores para efectos de la refrendación de los cheques que giren las entidades sometidas a fiscalización directa y permanente, se está adjudicando a la entidad controladora una función típicamente administrativa o de materialización de la ordenación de gastos, con lo cual se viola flagrantemente el artículo 17 de la Ley 3a. de 1986.

Igual planteamiento que el anterior se predica respecto de las facultades coadministradoras que la Ordenanza No. 07 de 1984 otorga a la Contraloría Departamental de Sucre en el parágrafo del artículo 48, en el parágrafo segundo y el literal e) del artículo 170 y en el artículo 199, en la parte acusada.

Si bien es cierto que le asiste razón al Tribunal en cuanto negó la medida solicitada por considerar que para llegar a las conclusiones del actor habría que hacer un detenido estudio de los efectos de la ley en el tiempo, "no se entiende como ello pueda incidir en la suspensión o no de una norma, porque los presupuestos para esa medida preventiva se encuentran consagrados en el artículo 152 del C.C.A.". Además, la posteridad de la expedición de la Ley 3a. de 1986 con

respecto al Código Fiscal de Sucre haría pensar en una derogación del último, según se desprende del salvamento de voto de uno de los Magistrados del Tribunal.

Si el Tribunal hubiese considerado que no todas las normas acusadas violan *prima facie* los ordenamientos superiores invocados en sustento de la medida solicitada, ha debido suspender provisionalmente aquellas que reunieran los requisitos del numeral 2° del artículo 152 del C.C.A.

CONSIDERACIONES

Para la Sala, el aspecto central del asunto que se decide en esta instancia se circunscribe a determinar si le asistió razón al *a-quo* al fundamentar, esencialmente, su negativa de decretar la medida de suspensión provisional, en el hecho de que las normas que se reputan violadas fueron expedidas con posterioridad a los actos demandados.

En efecto, la parte actora considera que los artículos de la Ordenanza No. 07 de 1984, expedida por la Asamblea Departamental de Sucre, cuya suspensión provisional solicita, violan flagrantemente los artículos 17 de la Ley 3a. de 1986 y 247 y 313 del Decreto 1222 de 1986.

Sobre este particular es importante señalar, en primer término, que no es posible predicar que a primera vista un acto administrativo dictado bajo el supuesto amparo de normas vigentes al momento de su expedición pueda ser susceptible de ser suspendido en sus efectos por el hecho de que con posterioridad se dicte otra norma que defina, puntualice, modifique o derogue el régimen legal aplicable a las situaciones por aquél reguladas, pues en virtud del principio de legalidad ha de reputarse que tal acto fue expedido de conformidad con la Constitución y las leyes de la República vigentes en ese momento y es precisamente con base en esa normatividad existente al momento de su expedición, que corresponde a la jurisdicción pronunciarse sobre su conformidad o inconformidad con la misma.

Si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 152 del C.C.A. dispone que para que proceda la medida de suspensión provisional basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, debe entenderse, en principio, que tal disposición debe ser preexistente al acto impugnado. Un régimen contrario al expuesto conllevaría a la absurda situación de que cada vez que se modifique cualquier estatuto legal, todas las regulaciones que se dictaron con fundamento en aquel sean susceptibles de demandarse ante el juez administrativo. En esos casos, muy posiblemente el fenómeno jurídico que se presenta es el de la derogatoria, que se traduce en que la norma o normas derogadas no pueden continuar siendo aplicadas por pérdida de su vigencia y, si dicha aplicación se produce, la ilegalidad podrá predicarse de la aplicación más no del acto aplicado y sus mecanismos de control son otros diferentes de la acción de nulidad contra el acto posiblemente derogado.

los primeros establecen el control previo sin excepciones, el segundo señala que en materia de contratación solo existe el control posterior.

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que le asistieron al Tribunal de Sucre para negar la suspensión provisional de los actos demandados son, en síntesis, las siguientes (fl. 37):

La violación de normas superiores que se alega por el demandante no es manifiesta u ostensible, ya que para llegar a esa conclusión habría que hacer un detenido y cuidadoso estudio de los efectos de la ley en el tiempo, así como de su retroactividad o retrospectividad, toda vez que el acto acusado fue expedido en 1984, es decir, antes que las normas superiores que se dicen violadas (Ley 3a. de 1986 y Decreto 1222 de 1986).

La violación aducida tampoco resulta manifiesta, porque para efectuar una comparación a doble columna habría que establecer, previamente, si las funciones que se asignan en el acto acusado a la Contraloría Departamental y sus dependencias, son netamente administrativas o, por el contrario, fiscalizadoras, lo cual debe ser objeto de estudio de fondo y no de la providencia que admite la demanda.

LAS RAZONES DEL IMPUGNANTE

En su escrito de apelación, la parte actora expresa de la siguiente manera su inconformidad con la providencia que denegó la suspensión provisional solicitada (fls. 41 a 43).

Al señalarse en el literal d) del artículo 340 de la Ordenanza No. 07 de 1984, como funciones del Auditor General, la de autorizar ante los bancos la firma y sello de los Auditores para efectos de la refrendación de los cheques que giren las entidades sometidas a fiscalización directa y permanente, se está adjudicando a la entidad controladora una función típicamente administrativa o de materialización de la ordenación de gastos, con lo cual se viola flagrantemente el artículo 17 de la Ley 3a. de 1986.

Igual planteamiento que el anterior se predica respecto de las facultades coadministradoras que la Ordenanza No. 07 de 1984 otorga a la Contraloría Departamental de Sucre en el parágrafo del artículo 48, en el parágrafo segundo y el literal e) del artículo 170 y en el artículo 199, en la parte acusada.

Si bien es cierto que le asiste razón al Tribunal en cuanto negó la medida solicitada por considerar que para llegar a las conclusiones del actor habría que hacer un detenido estudio de los efectos de la ley en el tiempo, "no se entiende como ello pueda incidir en la suspensión o no de una norma, porque los presupuestos para esa medida preventiva se encuentran consagrados en el artículo 152 del C.C.A.". Además, la posteridad de la expedición de la Ley 3a. de 1986 con

respecto al Código Fiscal de Sucre haría pensar en una derogación del último, según se desprende del salvamento de voto de uno de los Magistrados del Tribunal.

Si el Tribunal hubiese considerado que no todas las normas acusadas violan *prima facie* los ordenamientos superiores invocados en sustento de la medida solicitada, ha debido suspender provisionalmente aquellas que reunieran los requisitos del numeral 2° del artículo 152 del C.C.A.

CONSIDERACIONES

Para la Sala, el aspecto central del asunto que se decide en esta instancia se circunscribe a determinar si le asistió razón al *a-quo* al fundamentar, esencialmente, su negativa de decretar la medida de suspensión provisional, en el hecho de que las normas que se reputan violadas fueron expedidas con posterioridad a los actos demandados.

En efecto, la parte actora considera que los artículos de la Ordenanza No. 07 de 1984, expedida por la Asamblea Departamental de Sucre, cuya suspensión provisional solicita, violan flagrantemente los artículos 17 de la Ley 3a. de 1986 y 247 y 313 del Decreto 1222 de 1986.

Sobre este particular es importante señalar, en primer término, que no es posible predicar que a primera vista un acto administrativo dictado bajo el supuesto amparo de normas vigentes al momento de su expedición pueda ser susceptible de ser suspendido en sus efectos por el hecho de que con posterioridad se dicte otra norma que defina, puntualice, modifique o derogue el régimen legal aplicable a las situaciones por aquél reguladas, pues en virtud del principio de legalidad ha de reputarse que tal acto fue expedido de conformidad con la Constitución y las leyes de la República vigentes en ese momento y es precisamente con base en esa normatividad existente al momento de su expedición, que corresponde a la jurisdicción pronunciarse sobre su conformidad o inconformidad con la misma.

Si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 152 del C.C.A. dispone que para que proceda la medida de suspensión provisional basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, debe entenderse, en principio, que tal disposición debe ser preexistente al acto impugnado. Un régimen contrario al expuesto conllevaría a la absurda situación de que cada vez que se modifique cualquier estatuto legal, todas las regulaciones que se dictaron con fundamento en aquel sean susceptibles de demandarse ante el juez administrativo. En esos casos, muy posiblemente el fenómeno jurídico que se presenta es el de la derogatoria, que se traduce en que la norma o normas derogadas no pueden continuar siendo aplicadas por pérdida de su vigencia y, si dicha aplicación se produce, la ilegalidad podrá predicarse de la aplicación más no del acto aplicado y sus mecanismos de control son otros diferentes de la acción de nulidad contra el acto posiblemente derogado.

En el caso *sub examine* se tiene que el actor solo estimó en su escrito de suspensión provisional como violadas las normas que arriba se reseñaron. Por lo tanto, a ellas debe limitarse el análisis del juez, no obstante que otras normas regulan las facultades de las contralorías en materia de prohibición del ejercicio de funciones administrativas, según lo ha desarrollado la jurisprudencia, ya que no le es dado al juez administrativo basar su decisión en normas diferentes de las invocadas en la sustentación de la medida, habida cuenta del carácter rogado de esta jurisdicción y especialmente de la institución de la suspensión provisional. Y como quiera que de las normas invocadas no se puede predicar violación por medio de los actos acusados, como ya se analizó, habrá de declararse que la denegación de la medida de suspensión provisional se acomoda al régimen que regula las acciones contencioso administrativas y la figura de la suspensión provisional.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE:

1. CONFIRMASE el auto del 16 de noviembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre, en cuanto denegó la suspensión provisional de los actos acusados.

2. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de marzo mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JUICIO FISCAL DE CUENTAS/ ORDENADOR DEL GASTO PUBLICO/ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades/ **RESPONSABILIDAD FISCAL**

La disposición acusada quebranta los artículos 58 y 60 de la Constitución que únicamente entregaron a la Contraloría General la vigilancia de la "Gestión fiscal de la Administración", pero sin determinar e incluir en el respectivo acto administrativo en donde se fija el alcance fiscal o la responsabilidad fiscal del ordenador del gasto, los "perjuicios", entendidos como la ganancia lícita que dejare de obtenerse, o los deméritos o gastos que se ocasionasen por acto u omisión del funcionario y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo. Para ello está el juicio fiscal o de cuentas, el juicio administrativo de cuentas y de exoneración de responsabilidad fiscal. La ley fija en la jurisdicción contenciosa-administrativa la competencia para establecer los "perjuicios" ocasionados por el empleado público a la Administración, contratistas y terceros y disponer la condena consiguiente, previo el ejercicio de la acción correspondiente.

DECLARASE NULA la Resolución No. 10270 de octubre 13 de 1983 proferida por el señor Contralor General de la República.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/ POTESTAD REGLAMENTARIA

El Consejo de Estado le ha reconocido al Contralor General de la República "un poder reglamentario delimitado" por las normas constitucionales y legales, que le permiten, en consecuencia prescribir los métodos de la contabilidad de la Administración nacional, establecer los procedimientos específicos de control fiscal y de auditoría, sobre la base de los principios generales dados por la ley, y, en especial, determinar

la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales, lo que explica que ninguna ley haya atribuido al Contralor la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 820. Acción de Nulidad contra la Resolución 10270 de 1983, proferida por la Contraloría General de la República. Actor: Alejandro Martínez Caballero.

El ciudadano ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. solicita de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario, se declare nula la Resolución 10.270 de 1983 expedida por la Contraloría General de la República, "Por la cual se reglamenta el juicio fiscal de cuentas a Ministros. Jefes de Departamentos Administrativos y Representantes legales de los Establecimientos Públicos".

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El accionante considera que con la expedición del acto administrativo acusado, se quebrantaron los artículos 20, 26, 55, 57, 58, 60, 62, 63, 76, numerales 1 y 2, y 141 de la Constitución Política, 78, 79, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, y 299 del Decreto Ley 222 de 1983. 64, 66, 68, 77, 78, 79, 87, 217, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262 y 262 (sic) del C.C.A., conforme a los siguientes cargos:

Primer cargo: Violación de los artículos 59, 60, 141, numeral 3°, de la Constitución Política, Decreto Ley 222 de 1983, artículo 290 a 298 y Código Contencioso Administrativo, artículos 77, 78, 79, 87 y 217, por cuanto el legislador derogó tácitamente la jurisdicción del Contralor (art. 64 D. 294/73) y atribuyó al Consejo de Estado, expresamente (art. 141, numeral 3°, C.N. y Dec. 01/84, art. 78), la jurisdicción para conocer de la responsabilidad de los funcionarios públicos, con motivo de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones (art. 77 Dec. 01/84), mandato que fue desarrollo de los principios consignados en el Decreto Ley 222 de 1983, artículos 290 a 297.

Segundo cargo: Violación de los artículos 20, 26, 59, 60, 76, numerales 1 y 3, 120, numeral 3°, de la Constitución Nacional; Decreto 222 de 1983, artículo 298; y Código Contencioso Administrativo, artículo 217, ya que el acto acusado fue expedido por funcionario incompetente, al pretender reglamentar el juicio fiscal de cuentas a Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Repre-

sentantes legales de establecimientos públicos nacionales, que le corresponde al legislador según lo dispuesto en el artículo 62 de la Carta, en concordancia con el artículo 20 *ib*... Considera el actor, además, que se quebrantó el artículo 26 de la Constitución que consagra el debido proceso.

II. EL TRAMITE DE LA ACCION

La demanda fue admitida mediante proveído de 23 de noviembre de 1988, en el cual, al mismo tiempo, se negó el decreto de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, por no encontrarse que, *prima facie*, se percibiera el quebrantamiento de las normas constitucionales y legales invocadas en el libelo de demanda.

La Contraloría General de la República, por conducto de apoderado especial, contestó la demanda, planteando las razones de orden jurídico que la llevan a oponerse a las pretensiones de la parte actora.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, la actora y la opositora insistieron en sus planteamientos.

III. EL CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por no encontrar usurpación alguna de funciones por parte de la Contraloría de la República, ni tampoco desconocimiento de atribuciones propias del Consejo de Estado y menos del legislador.

IV. LA DECISION

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a. *Relativa al primer cargo:* violación de los artículos 59, 60, 141, numeral 3°, de la Constitución Política, 290 a 298 del Decreto Ley 222 de 1983, y 77, 78, 79, 87 y 217 del C.C.A.

Por el acto acusado, como se ha visto, el señor Contralor General de la República invocando las atribuciones que le confiere el artículo 60 de la Constitución Política, los artículos 163 y 164 del Decreto Ley 294 de 1973, y el artículo 298 del Decreto Ley 222 de 1983, reglamenta el juicio fiscal de cuentas a Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y Representantes legales de estable-

cimientos públicos del orden nacional, en orden a definir y determinar la responsabilidad fiscal de los indicados funcionarios, *por los perjuicios* que pudieran sobrevenir a la Nación o a los citados establecimientos, como consecuencia de obligaciones contraídas a nombre de tales entidades, y cuyos trámites de contratación se hayan efectuado con violación de las disposiciones que regulan el gasto público.

En otras palabras, se establece el procedimiento que se debe seguir por la Contraloría General de la República, para determinar la responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos indicados, *por los perjuicios* que causen a la entidad cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por la ley.

Según el demandante, la determinación de esa responsabilidad por perjuicios no le corresponde al Contralor de la República según lo dispuesto en los artículos 60 de la Constitución Política, 163 y 164 del Decreto Ley 294 de 1973 -Estatuto Orgánico del Presupuesto de la Nación, vigente en ese entonces-, y 279 del Dec. 222 de 1983, por cuanto la competencia para ello está radicada exclusivamente en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, según lo preceptuado en el artículo 141-3 de la Constitución, en concordancia con los artículos 77, 78, 79, 87 y 217 del C.C.A., que desarrollaron los artículos 290 a 298 del C.C.A.

Los artículos 163 y 164 del Decreto Ley 294 de 1973, preceptuaban, en su orden:

Art. 163. "Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, serán solidariamente responsables *de los perjuicios* que pueda sufrir la Nación:

a) *Los ordenadores de gastos...* que contraigan a nombre de tales entidades -Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos Nacionales- obligaciones no autorizadas por la ley o expidan giros para el pago de las mismas; ....(subrayado fuera del texto).

Art. 164. "En los casos previstos en el artículo anterior, el Contralor General de la República abrirá juicio de cuentas al respectivo Ministro, Jefe de Departamento Administrativo o representante legal del Establecimiento Público Nacional, deducirá la responsabilidad a que hubiere lugar y remitirá el expediente a la Cámara de Representantes para la aprobación del alcance...".

Por su parte, los artículos 290 a 297 del Decreto Ley 222 de 1983, disponen:

"Art. 290. *De la norma general sobre responsabilidad.* Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, los empleados oficiales responderán civilmente *por los perjuicios* que causen a las entidades a que se refiere este estatuto, a los contratistas o a terceros, cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignadas en el presente estatuto. Esta responsabilidad cobija también a las personas que hubieren cesado en el ejercicio de sus

cargos, siempre que ella se deduzca por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos" (se subraya).

"Art. 292. *De los perjuicios causados a la entidad contratante*. Cuando el perjuicio se cause a la entidad contratante, la acción correspondiente será iniciada por el representante legal de la misma o por la Procuraduría General de la Nación. Los empleados de la entidad respectiva deberán suministrar siempre los documentos, informaciones y declaraciones que se les soliciten".

"Art. 294. *De la comparecencia en juicio de funcionarios o ex-funcionarios. Cuando dentro del proceso en que hubiere sido demandada* únicamente la entidad contratante, apareciere clara la responsabilidad de un funcionario o exfuncionario, de oficio o a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, se ordenará su comparecencia y se fallará conforme lo que resultare probado" (se subraya).

"Art. 295. *Del reparto de la responsabilidad*. Cuando fueren varios los empleados a quienes se deduzca la responsabilidad, ésta se distribuirá entre los mismos, según la gravedad de la falta o faltas por ellos cometidas".

"Art. 296. *De la manera de hacer efectivas las sentencias. Las sentencias que se profieran* a favor de los contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o ex-funcionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria.

"Por jurisdicción coactiva se cobrarán las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandará la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo funcionarios o ex-funcionarios" (se subraya)...

"Art. 297. *De las faltas que dan lugar a la responsabilidad*. La responsabilidad a que se refieren los artículos anteriores, se deducirá exclusivamente en los casos de culpa grave o dolo".

"Art. 298. *De la intervención de la Contraloría en el proceso de contratación*. La intervención de la Contraloría General de la República en todo el proceso de contratación a que se refiere este estatuto, se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, para verificar si éste se hizo de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos.

"...".

Finalmente, los artículos 77 y 78 del actual C.C.A. establecen, en su orden:

Art. 77. "Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplen funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones".

"Art. 78. "Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, según las reglas generales, *a la entidad, al funcionario, o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere"* (subrayado fuera del texto).

Analizados por la Sala los fundamentos jurídicos de la demanda, el texto de los actos acusados y lo pertinente del régimen jurídico aplicable, se tiene:

a) Por el art. 1° de la Ley 17 de 1972, el Congreso de la República concedió facultades al Presidente de la República, durante los dos meses siguientes a la sanción de la misma, para que actualice y reforme las Normas Ogánicas del Presupuesto Nacional.

b) En ejercicio de esas facultades precisas y pro-tempore el señor Presidente de la República dictó el Decreto-Ley 294 de febrero 28 de 1973, por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, del cual forman parte los artículos 163 y 164 pretranscritos, que establecieron la responsabilidad de los ordenadores del gasto público -Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y representantes legales de los establecimientos públicos nacionales- *por los perjuicios* que pueda sufrir la Nación, cuando ellos contraigan, en nombre de ella, obligaciones no autorizadas por la ley o expidan giros para el pago de las mismas, y la facultad para el Contralor General de la República de abrirles el respectivo juicio de cuentas para deducir esa responsabilidad.

Dicho decreto fue subrogado por la Ley 38 de 1989, actual estatuto orgánico del Presupuesto General de la Nación, pero como era el vigente en la fecha de expedición del acto administrativo acusado, será la norma que tendrá en cuenta la Sala para decidir.

c) El acto acusado, por medio del cual se reglamenta el juicio fiscal de cuentas a los precitados ordenadores del gasto público en el orden nacional, como ya se dijo, fue expedido invocando las atribuciones contenidas en el artículo 60 de la Constitución Política, en los artículos 163 y 164 del Decreto Ley 294 de 1973 y en el artículo 298 del Decreto Ley 222 de 1983, con el objeto de definir la responsabilidad fiscal de los ministros, jefes de departamentos administrativos y representantes legales de los establecimientos públicos nacionales, *por los perjuicios* que pudieran sobrevenir a la Nación o a los citados establecimientos.

d) La responsabilidad de los funcionarios públicos, incluídos como es apenas normal los ordenadores del gasto público, consagrada en el artículo 20 de la Constitución, por infracción de ella y de la ley, por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas, que, según el artículo 62 *ibídem*, corresponde a la ley determinar en cada caso particular, así como el modo de hacerla efectiva, según la legislación, la doctrina y la jurisprudencia puede ser de tipo *penal, administrativo o disciplinario,* o de carácter *civil o patrimonial* -incluído

en ésta la denominada responsabilidad fiscal de los funcionarios de manejo y ordenadores del gasto público, que sólo es una especie del género-, según el hecho imputado constituya un *delito* definido por la ley, una falta disciplinaria consagrada expresamente como tal por el ordenamiento jurídico o cause un *daño o perjuicio* al patrimonio público a otras personas de derecho privado.

e) En cuanto hace relación a la denominada responsabilidad civil o patrimonial de los funcionario públicos, ella aparece en nuestro ordenamiento jurídico, deslindada de un procedimiento penal, cuando se crea la Contraloría General de la República, en reemplazo de la antigua "Corte de Cuentas" que, además, de las funciones de control fiscal, tenía otras de carácter judicial relacionadas con el mal manejo de los bienes del Estado, su apropiación indebida o la inobservancia de las normas legales, técnicas o contables, y se le señala como atribución la de examinar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario, estableciéndose, al mismo tiempo, los procedimientos para ello, como los denominados juicios fiscales de cuentas en virtud de los cuales se define y determina la responsabilidad fiscal de los empleados de manejo, cuyas cuentas hayan sido objeto de observaciones de fondo, o la de los ordenadores del gasto público en los casos de egresos o gastos ilegales de los fondos o bienes estatales.

En razón de esa atribución, la Contraloría General, mediante acto administrativo susceptible de los recursos gubernativos de ley y sometidos al control de constitucionalidad y de legalidad que ejerce el juez contencioso-administrativo, determina la responsabilidad fiscal -especie de la responsabilidad civil o patrimonial, se repite- de los empleados de manejo y de los ordenadores del gasto, teniendo en cuenta para ello el valor de los bienes, dineros y especies que no se han administrado de acuerdo con la ley, pero sin que pueda determinar "los perjuicios" -entendidos por tales la ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión de otro y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo- que pueda sufrir la Nación o el establecimiento público. El acto administrativo, por medio del cual se determina la responsabilidad civil o patrimonial de naturaleza fiscal, una vez ejecutoriado, presta mérito ejecutivo, el cual se puede hacer efectivo por el procedimiento de la jurisdicción coactiva.

f) El art. 163 del Decreto Ley 294 de 1973, anterior estatuto orgánico del Presupuesto Nacional, tal vez, por primera vez, estableció la responsabilidad civil o patrimonial de los ordenadores del gasto público *"por los perjuicios" que surjan de las obligaciones que contraigan a nombre de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos no estando ellas autorizadas por ley, o cuando expidan giros para el pago de las mismas, ordenando al Contralor General de la República que se abra el respectivo juicio de cuentas* (art. 164 ib.), al Ministro, Jefe de Departamento Administrativo o representante legal de establecimiento público nacional que incurra en esas conductas o hechos.

En desarrollo de esas disposiciones se expide la norma acusada.

g) Para la Sala es claro que la disposición acusada quebranta los artículos 58 y 60 de la Constitución Política que únicamente entregaron a la Contraloría General de la República la vigilancia de la "gestión fiscal de la Administración", en virtud de la cual compete al jefe del organismo "Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario" y, determinar, llegado el caso, las sumas de dinero por las cuales debe responder el empleado público, según el valor de los bienes, efectos, caudales o dineros que le hayan sido entregados para su custodia, administración, provisión o suministro, o que hayan recaudado, recibido, pagado o invertido, pero sin determinar e incluir en el respectivo acto administrativo en donde se fija el alcance fiscal o la responsabilidad fiscal del ordenador del gasto, los "perjuicios", entendidos por tales, como se dijo, la ganancia lícita que dejare de obtenerse, o los deméritos o gastos que se ocasionen por acto u omisión del funcionario y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo.

Para ello está el juicio fiscal o de cuentas, el juicio administrativo de cuentas y de exoneración de responsabilidad fiscal, que eran reglamentados por la Resolución 7008 de 1978 de la Contraloría General de la República, y hoy lo son por la Resolución 9999 de 1983 de la misma entidad fiscalizadora.

Y no sólo se quebrantan dichas normas constitucionales, sino igualmente los artículos 141-3 y 154 de la Carta, hoy en concordancia con las disposiciones contenidas, de manera general, en los artículos 77, 78 y 79 del C.C.A., y de manera especial, en cuanto hace a la contratación administrativa, en los artículos 290 a 297 del Decreto Ley 222 de 1983, que fijan en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo la competencia para establecer los "perjuicios" ocasionados por el empleado público a la Administración, a los contratistas y a terceros, y disponer la condena consiguiente, previo el ejercicio de la acción contencioso-administrativa correspondiente que puede incoar el representante legal de la entidad contratante o la Procuraduría General de la Nación (art. 292 del Decreto Ley 222 de 1983), los mismos contratistas o terceros lesionados (art. 293 ib.), o en razón del llamamiento a juicio promovido contra la entidad pública, de oficio o a solicitud de la Procuraduría General (art. 294 ib.), y siempre y cuando, por otra parte, que se demuestre que se incurrió dolosamente en la conducta, o por razón de culpa grave (art. 297 del Decreto 222 citado, hoy en concordancia con el art. 77 del C.C.A.).

En otras palabras; a la Contraloría General le corresponde determinar la responsabilidad civil o patrimonial de carácter fiscal, sin tener en cuenta los eventuales "perjuicios"; a los jueces administrativos la responsabilidad civil o patrimonial por los perjuicios que sufran la Nación, los establecimientos públicos, los contratistas o los terceros interesados en un proceso de contratación administrativa, por la celebración de contratos en donde se contraigan obligaciones en nombre de aquellos entes, con violación de la ley, o por autorizar o expedir gastos con quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

h) La Ley 38 de 1989, actual estatuto orgánico del Presupuesto Nacional, en su artículo 89 corrigió y precisó los alcances de la facultad de la Contraloría General de la República al establecer:

"Además de la responsabilidad penal a que haya lugar, *serán fiscalmente responsables:*

"a. Los ordenadores de gasto y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los organismos y entidades oficiales obligaciones no autorizadas en la ley, o que expidan giros para pagos de las mismas...

"c. El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraidas contra expresa prohibición legal..." (subrayado fuera del texto).

Como se ve, ya la nueva disposición no habla, como lo hacía la anterior, de la responsabilidad de los indicados funcionarios por razón de "los perjuicios" que ocasionen, sino de la responsabilidad fiscal, que siempre ha correspondido a la Contraloría General determinar y fijar en términos económicos, excluidos los eventuales perjuicios que corresponde determinar, previo el debido proceso, a los jueces administrativos de la República.

Por las razones expuestas, el cargo está llamado a prosperar y, por ello, deberá accederse a las pretensiones de la demanda.

2a. *Consideración relativa al segundo cargo:* violación de los artículos 20, 26, 59, 60, 76, numerales 1 y 3, 120, numeral 3°, de la Constitución; art. 298 del Decreto 222 de 1983, y art. 217 del C.C.A., por haberse expedido el acto por funcionario incompetente, ya que le corresponde al legislador reglamentar el juicio fiscal de cuentas.

Habiendo prosperado el primer cargo, la Sala se abstendrá de entrar a considerar este segundo cargo.

Sin embargo, bueno es observar que esta Corporación en sentencia de septiembre 26 de 1973 y agosto 29 de 1978 (exp. 2774) y concepto de diciembre 1° de 1976 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, le ha reconocido al Contralor General de la República "un poder reglamentario delimitado" por las normas constitucionales y legales, que le permiten, en consecuencia, prescribir los métodos de la contabilidad de la Administración nacional, establecer los procedimientos específicos de control fiscal y de auditoría, sobre la base de los principios generales dados por la ley, y, en especial, determinar la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales (art. 60-2 de la Constitución), lo que explica, por lo demás, que ninguna ley le haya atribuido al Contralor la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República.

Otra cosa es que la ley, ni el acto administrativo reglamentario, expedido por el Contralor le puedan conferir la atribución de establecer la responsabilidad civil o patrimonial de los funcionarios públicos ordenadores del gasto "por perjuicios", se repite, que surjan de las obligaciones que contraigan a nombre de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos nacionales, o por expedir giros para el pago de las mismas, que, como se vio, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional del Estado, previo un procedimiento judicial en donde el presunto responsable y candidato a ser condenado al pago de los perjuicios causados a la Nación, a los contratistas y a terceras personas, tenga la oportunidad de ser oído con todas las ritualidades de la ley.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

Declárase nula la Resolución No. 10.270 de octubre 13 de 1983, proferida por el señor Contralor General de la República, por la cual se reglamenta el Juicio de Cuentas a Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y representantes legales de establecimientos públicos nacionales, para "definir y determinar la responsabilidad fiscal... por los perjuicios que pudieran sobrevenir a la Nación o a los citados Establecimientos, como consecuencia de obligaciones contraidas a nombre de tales entidades, y cuyos trámites de contratación se hayan efectuado con violación de las disposiciones que regulan el gasto público".

Cópiese, notifíquese y comuníquese al señor Contralor General de la República.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

RECURSO DE APELACION - Oportunidad/ **RECURSO DE REPOSICION/ VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento

Hay indebido agotamiento de la vía gubernativa, cuando el destinatario del acto pretendiere interponer el recurso de apelación, una vez y sólo desatado el de reposición; ora, sin haber sido simultáneamente formulado en la forma y oportunidad prevenidas en la ley. Obedece esa prescripción de coetaneidad, a la circunstancia de que los medios de impugnación que contra el acto proceden, se encaminan a discurrir o contravenir a aquel, uno, el de reposición, cuando se formula en forma directa; el otro, el de apelación dirigido a debatir el acto, pero en forma subsidiaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1569. Apelación interlocutorios. Actor: Hugo Alberto Serna Jaramillo.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, incoada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el señor Hugo Alberto Serna Jaramillo, en libelo de 8 de febrero de 1990, por conducto de mandatario judicial, ha impetrado la nulidad "...de los actos administrativos de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, radicados con los Nos. 476781 de junio 21 de 1989, confirmado por el No. 497006 de 28 de diciembre del mismo año...".

Por auto de junio 21 de 1990 la precitada Corporación jurisdiccional, Sección Tercera, inadmitió la demanda instaurada, con base en que, en el caso

sub-análisis no se operó el agotamiento de la vía gubernativa, como esencial presupuesto para el avocamiento del asunto.

Contra la mencionada providencia, el demandante en memorial de julio 5 de 1990, interpuso el recurso de apelación y admitido que fuera por auto de veintiocho de septiembre del año próximo pasado, procede la Sala a decidirlo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

el *a-quo* funda el auto inadmisorio recurrido en las razones que de su contenido la Sala se permite transcribir:

> "En aplicación de lo preceptuado por el artículo 63 del C.C.A., el agotamiento de la vía gubernativa, cuando el recurso de apelación procede, ocurre al ser resuelto o decidido tal recurso, sea mediante decisión expresa o mediante acto presunto.
>
> "No acreditó el actor, en el caso en estudio, haber interpuesto el recurso de apelación y, por ende la decisión expresa o presunta que lo desató, ni tampoco demostró que la demandada, Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, no hubiera dado la posibilidad de interponerlo. Por el contrario, se encuentra probado que la información sobre la procedencia del recurso de apelación se surtió, que el recurso interpuesto fue el de reposición y que sobre él se pronunció en forma expresa la Administración.
>
> "De lo anterior se colige que si no se dio el agotamiento de la vía gubernativa, requisito condicionante para que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pueda avocar el conocimiento de la demanda instaurada. En otras palabras, mientras la vía gubernativa no se haya agotado, hay carencia de jurisdicción para desencadenar el control de legalidad sobre el acto, o se presenta carencia de un presupuesto procesal de la acción que impide el ejercicio del derecho de postulación...".

Por su parte el apelante aduce como fundamento del recurso formulado que "...en la parte resolutiva de la comunicación mencionada, en su primer numeral, se dice textualmente: "Confirmar en todas y cada una de sus partes el acto administrativo No. 476781 de julio 21 de 1989 y por lo tanto de conformidad con el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Declarar agotada la vía gubernativa".

En verdad y como se evidencia de la decisión proferida en sede administrativa por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, el 28 de diciembre de 1989, al desatar el recurso de reposición interpuesto "...contra la decisión radicada con el número de orden interno 476781 del 21 de julio...", se precisa en primer acápite resolutivo, "...de conformidad con el artículo 63 del Código Contencioso

Administrativo (Decreto 01 de 1984) declarar agotada la vía gubernativa....", explicitando en el 2° y a título de resultado procesal que "Por lo tanto, contra la presente decisión no procede recurso alguno y en consecuencia se ordena...".

Empero, en forma por demás clara, se advierte que en el texto de la tasación cuestionada por el nulidiscente se hace sabedor al interesado que "Contra la presente liquidación proceden los recursos de reposición y apelación. El de reposición ante la Subgerencia Comercial y el de apelación ante la Gerencia General. El recurso que se interponga debe ser expresamente invocado".

Significa entonces que la pretermisión del recurso jerárquico contra la liquidación administrativa por parte del actor traduce la falta de agotamiento de la vía gubernativa "requisito condicionante para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueda avocar el conocimiento de la demanda instaurada...." como se consigna en la providencia recurrida.

Es la preanotada advertencia la que se constituye en -premisa para que el *a-quo*, inadmita la demanda instaurada ante la omisión, por el accionante, de ejercer, *secundum legem*, el recurso procedente de apelación. Y ello, obedece ciertamente a una realidad procesal que impide el acudimiento al órgano jurisdiccional, por parte del recurrente, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, por cuanto es *condictio sine qua non* para ello, la cabal clausura del procedimiento en sede administrativa.

Empero, en la forma como el proveído impugnado se halla puntualizado, es susceptible de suscitar la idea de atribuir a la administración la causa exclusiva del discutido agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto pareciera que es por su sola voluntad, que la misma se opera. En efecto, si la entidad demandada en la determinación liquidatoria 476781 de 21 de julio de 1989 cuestionada, da a conocer al destinatario los recursos que contra ella proceden, no parece en principio acorde y lógico que, al desatar la reposición en decisión 497006 de 28 de diciembre siguiente, expresar que "contra la presente decisión no procede recurso alguno...".

Es oportuno entonces explicitar la juridicidad de lo resuelto por el Tribunal, particularmente en el párrafo motivacional que atribuye al recurrente la omisión en no haber acreditado la interposición del recurso de apelación, ni tampoco demostrado que la entidad demandada, Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, no le hubiera dado la posibilidad de interponerlo, no obstante obedecer a una realidad procesal la información sobre la procedencia del recurso de apelación.

Señalados en el mandamiento 50 del Decreto 01 de 1984, los recursos que proceden contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas, y normada en el inciso final del artículo 51 *ibídem* la no obligatoriedad de ejercicio de los recursos de reposición y queja, se prescribe en el inciso tercero del mismo que "...el recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición....", reproduciendo con ello, lo estatuído por el inciso

1° norma 16 del derogado Decreto 2733 de 1959, que disponía: "...El recurso de apelación puede interponerse directamente o como subsidiario del de reposición...", hipótesis que, como se ha anotado, reproducidas en el mandato vigente, significan, respectivamente, que la apelación, posible de su ejercicio directo, supone que el administrado por no ser obligatorio el de reposición, -así lo ha determinado; pero que, ejercitado el medio de impugnación horizontal, el jerárquico, es procedente y de forzoso ejercicio, ha de ser formulado "como subsidiario del de reposición", lo que implica la necesidad de su interposición simultánea por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso, como se previene en la regla primera del artículo 51 precitado. Por ello, la desatención de esa liturgia procesal, deviene en falta del debido agotamiento de la vía gubernativa, cuando el destinatario del acto pretendiere interponer el recurso de apelación, una vez y solo desatado el de reposición; ora, como en el caso sub-estudio sin haber sido simultáneamente formulado en la forma y oportunidad prevenidas en la norma en comento. Obedece esa prescripción de coetaneidad, a la circunstancia de que los medios de impugnación que contra el acto procedan, se encaminan a discutir o contravertir a aquel, uno, el de reposición, cuando se formula en forma directa; el otro, el de apelación dirigido a debatir el acto, pero en forma subsidiaria, esto es, que suple el de reposición, cuando no satisface las pretensiones del administrado. De otra forma, la intelección de los recursos, la teleología procesal que los especifica como medios de impugnación de los actos de la administración, resultaría definitivamente desnaturalizada si se considera que en tal hipótesis, la apelación gravitaria, no contra el acto administrativo en si mismo, como sería lo cabal y procedente, sino contra la decisión de reposición.

En este orden de ideas, y por aplicación de las previsiones precedentes, resulta para el caso *sub-judice,* una falta de agotamiento de la vía gubernativa, como premisa esencial para ocurrir ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, prevista en el artículo 135 del C.C.A. En efecto, notificada la decisión 476781 originaria de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de conformidad con lo estatuido por el artículo 44 del Decreto 01 de 1984, como se evidencia de la diligencia obrante a folio 25 vto., era la oportunidad para la formulación de los recursos en ella advertidos. Empero, como solo fue ejercitada la reposición, como también se hace palmar de los escritos de agosto 4 y 17 (folios 15 a 19), el fenómeno del no debido agotamiento que se observa halla su causa, y con ello la imposibilidad de acudir a la vía jurisdicciónal, en la omisión de la interposición del recurso de apelación.

Sobre el particular, interesa transcribir los apartes pertinentes de la providencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 5 de febrero de 1982, aplicable *mutatis mutandi*, al caso *sub-lite:*

> "1. El recurso principal cuando es procedente, es el de apelación. El de reposición no es necesario ejercerlo, puesto que su finalidad es la de darle

al funcionario administrativo la oportunidad de enmendar un error, sin necesidad de que lo haga el superior.

"2. Argumento gramatical.- El legislador utilizó la conjunción copulativa "y", no la disyuntiva. Si se hubiera dicho, "De uno u otro recurso ha de hacerse uso...", el argumento del apelante seria inobjetable; pero la expresión usada por el legislador al decir, "De uno y otro recurso ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación", está indicando que cuando se interpone el recurso de reposición simultáneamente ha de interponerse el de apelación, por no ser aquel necesario para el agotamiento de la vía administrativa.

"4. El recurso de apelación puede intentarse directamente o como subsidiario del de reposición, cuando éste se interpone, aunque él no es necesario.

"5. Cuando, como en el caso *sub-judice*, no se hace uso del recurso de apelación, siendo procedente, como fue advertido en la diligencia de notificación y solo se interpuso el de reposición, no puede interponerse el de apelación cuando sale la providencia que niega la reposición, porque la apelación procede contra el acto inicial y se dejó vencer el término para proponerlo, que es de cinco días, contados a partir de la notificación del acto que causa agravio al particular.

"Las razones expuestas son suficientes para confirmar la providencia recurrida. En efecto, y, como se ha visto, la sociedad afectada no apeló del acto inicial que le causó agravio, sino que solo interpuso el de reposición, recurso que fue resuelto adversamente a sus pretensiones, de suerte que cuando intentó el de apelación respecto de esta última resolución, éste era improcedente, puesto que en ella se confirmó lo decidido en la resolución inicial de la cual no se apeló oportunamente, quedando por ello debidamente ejecutoriada al resolverse el de reposición, único recurso interpuesto, conforme a la prescripción del inciso final del artículo 14 del Decreto 2733 de 1959".

Las precedentes consideraciones son suficientes para que la Sala confirme el auto apelado.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado de fecha 21 de junio de 1990, proferido por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de marzo de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REPRODUCCION DEL ACTO SUSPENDIDO - Inexistencia/ **SUSPENSION AUTOMATICA** - Improcedencia

La reproducción del acto suspendido supone primaria y fundamentalmente la preexistencia de un acto que jurisdiccionalmente es suspendido y otro u otros que lo reproducen o duplican literal o esencialmente en sus hipótesis y contenidos conceptuales, lo que se convierte en causa eficiente para que la identidad o equivalencia entre el primitivo y el duplicador, determine la necesaria declaración de su ilegalidad y sea merecedor del tratamiento de suspensión. Si la causa para la suspensión del acto que se afirma duplicador que lo sería la reproducción de las hipótesis del suspendido, no existe, no es, el efecto perseguido, esto es, la medida precautoria no procede.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1420. Decreto del Gobierno. Actor: Unión de Aseguradores de Colombia "FASECOLDA".

En escrito de 26 de febrero del año en curso, el actor en el proceso de la referencia y "...en ejercicio de las facultades y derechos consagrados por el artículo 158 del C.C.A..." solicita de la sección "...proceda igualmente a decretar la suspensión provisional de los siguientes actos, que constituyen la reproducción del acto inicialmente suspendido", como petición primera.

ACTOS ACUSADOS

a) Comunicación 90064444-1 de 12 de octubre de 1990 emanada de la Superintendencia Delegada para Seguros y Capitalización al Viceministro de Salud, en la que se precisa que:

"...Respecto de la vigencia del Decreto 104 de 1990.- la Superintendencia Bancaria considera que su artículo 2° literal b) produjo efectos vinculantes desde la fecha de su publicación hasta el día en que quedó en firme el acto mediante el cual se decretó su suspensión provisional...".

b) Circular No. 55 de noviembre 26 de 1990 dirigida por el señor Ministro de Salud a los Jefes Seccionales de Salud y Directores de Establecimientos hospitalarios o clínicos, en la que en lo pertinente se expresa:

"...Esta suspensión provisional surtó (sic) efectos desde el 7 de septiembre de 1990, fecha en la cual quedó en firme la providencia de la Sección Primera de la citada Corporación que confirmó tal suspensión...".

"Lo anterior significa que estas normas deberán ser aplicadas desde el 5 de enero de 1990 hasta el momento en que perdieron su vigencia, esto es, el 7 de septiembre del mismo año, con las consecuencias jurídicas que ello implica...".

c) Circular No. 56 de noviembre 26 de 1990 enviada por el señor Ministro de Salud a los Gerentes de Compañías de Seguros en la que se concreta:

"...Al respecto considera el Ministerio que el Decreto 104 de 1990 ha tenido plena vigencia y en consecuencia deberá aplicarse, con excepción de los artículos 1° en la parte que reza... y 2° numeral 1° literal b...

"No obstante, como la vigencia de ellas se suspendió sólo hasta el día 7 de septiembre de 1990, fecha en la cual quedó en firme la providencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, que confirmó la suspensión provisional, ordenada inicialmente el 3 de abril de los cursantes, y objeto de recurso en su momento, estas normas deberán ser aplicadas por estar vigentes desde el 5 de enero de 1990, hasta el 7 de septiembre del mismo año, con las consecuencias que ello implica.

d) Carta circular dirigida por el Superintendente Delegado para el Control Administrativo y Financiero de la Superintendencia Nacional de Salud, de 11 de febrero de 1991, a las Compañías Aseguradoras en la que en lo pertinente, se precisa:

"...El Consejo de Estado a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera conoció el proceso de nulidad quedando en firme la suspensión de las partes citadas, el 7 de septiembre de 1990. De lo anterior se desprende:

"1. A partir del 7 de septiembre de 1990 no rigen las normas en cuestión.

"2. En el período comprendido desde el 5 de enero de 1990 hasta el momento en que perdieron su vigencia 6 de septiembre del mismo año, tales normas debieron ser aplicadas...".

Petición segunda: "Igualmente demando que se declare la nulidad de los actos acusados en el punto primero de esta petición".

Petición Tercera: "Subsidiariamente solicito que, de no accederse a alguna o a todas las peticiones anteriores, se oficie a dichas entidades con las prevenciones o conminaciones de ley para que cumplan en forma debida, recta y completamente la providencia de suspensión provisional del 3 de abril, confirmada el 17 de agosto de 1990 en el proceso de la referencia".

El acto reproducido - Actuación procesal

La manifestación de voluntad administrativa que se afirma reproducida, la constituye el artículo 1° del Decreto Reglamentario 104 de 1990 en la parte que se destaca:

"*Artículo 1°.* El artículo 4° del Decreto 2544 de 1987, quedará así:

"Artículo 4°. El seguro sobre el cual versa este Decreto tiene por objeto cubrir la muerte, los daños corporales físicos causados a las personas y los gastos que deban sufragar por atención médica quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y funeraria, originados en accidentes producidos por vehículos automotores asegurados, *así como también los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicos, todo de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este Decreto y en la respectiva póliza de seguros.*

"Quedan excluidos de esta cobertura los siniestros ocurridos fuera del territorio nacional o en competencias automovilísticas deportivas, realizadas en vías que no sean de uso público".

Igualmente del literal b) numeral 1° del artículo 2° *ibídem* que textualmente dispone:

"*Artículo 2°.* El artículo 6° del Decreto 2544 de 1987 quedará así:

"Artículo 6°. En las condiciones generales de la póliza se incluirán las siguientes coberturas:

"1. ...

a) ...

b) Gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente por cada persona lesionada en el accidente de tránsito, cubierto por el seguro, que ingresa al establecimiento hospitalario o clínico por causa de las lesiones sufridas en el accidente. Esta suma será pagada por la Compañía aseguradora directamente al establecimiento

hospitalario o clínico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que éste le presente la cuenta de cobro por dicho concepto. El establecimiento hospitalario o clínica abrirá, con las sumas recibidas por este concepto, una cuenta especial destinada únicamente al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias. Esta cuenta será manejada siguiendo las orientaciones que el Ministerio de Salud le señale al establecimiento, y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. La Compañía aseguradora y los establecimientos hospitalarios y clínicos enviarán trimestralmente a la División de Control de Accidentes y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud o la dependencia que haga sus veces, una comunicación escrita, en la cual se indiquen las sumas pagadas por este concepto y los demás datos que establezca la mencionada reglamentación".

Invocada que fuera la medida precautoria de suspensión provisional contra las disposiciones preinsertas, la Sala por auto de 3 de abril del año próximo pasado, al constatar la ostensible vulneración de los mandatos jerárquicos, a cuya tutela objetiva acudió el nulidiscente, hubo de decretarla, confirmando posteriormente la decisión, en proveído de 17 de agosto del mismo año con ocasión del recurso de reposición formulado por el señor Ministro de Salud.

Mandamiento transgredido y concepto de desacato

Como norma quebrantada por lo que se califica por el enjuiciante como "actos que constituyen la reproducción del acto inicial mente suspendido..." cita e invoca el artículo 158 del Decreto-Ley 01 de 1984, modificado por el artículo 34 del Decreto Ley 2304 de 1989. Así lo precisa el solicitante al exponer: "El artículo 158 del Decreto 01 de 1984... ofrece dos hipótesis 1)... 2) La reproducción de actos suspendidos en un proceso pendiente de decisión. Sobra advertir que este último es el caso planteado en este escrito...". Y el precepto pertinente de la norma referida, reza *ad pedem litteris:*

"...Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma Corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos....".

Como sustentáculo argumental del ruego formulado se discurre en torno al contingente de efectos que el auto de suspensión provisional genera, *ratio temporis,* para adverar su operancia *ex tunc,* esto es, desde el momento mismo de expedición del acto suspendido, lo que se constituye en óbice mayúsculo para entender, como *secundum legem*, las previsiones de aplicabilidad de las disposiciones del Decreto, que fueran objeto de la medida precautelar, en la forma conceptuada por las comunicaciones y circulares que ahora se enjuician, es decir,

que aquellas produjeron efectos vinculantes desde la fecha de su publicación; hasta el día en que quedo en firme el acto mediante el cual se decretó su suspensión provisional.

En lo pertinente y en su texto, rezan las proposiciones de ilegalidad, consignadas por el actor:

> "...; por su parte la suspensión, basada en la ilegalidad manifiesta del acto y en su nulidad inminente, le resta provisoriamente todos los efectos pasados, presentes y futuros al acto suspendido; es decir produce consecuencias *ex tunc*, y no solamente *ex nunc*....". (folio 16).
>
> "...Pero si el acto suspendido no ha producido ningún efecto material porque en el pasado no ha sido ejecutado entonces la suspensión provisional obviamente previene y evita su ejecución material en todo tiempo, cegando su efectividad inclusive antes de la providencia suspensiva... Porque en este caso el efecto con alcances *ex tunc* de la suspensión, quiere decir que ésta alcanza retrospectivamente y desde siembre (sic), originariamente o *ab initio*, la ineficacia del acto suspendido y concretamente aniquila desde el propio nacimiento del acto su presunción de legalidad. La tesis de la validez previa y del cumplimiento o ejecución, durante el lapso anterior a la suspensión, del acto suspendido, envuelve la aberración de intentar darle efecto retroactivo a un acto que ha sido suspendido por ilegalidad manifiesta...". (folio 19).

Para resolver, SE CONSIDERA:

No parece discutible el carácter que especifica la suspensión provisional, como un instituto de excepción y de restrictiva aplicación, como que procede su decreto por la satisfacción de sus presupuestos, implica la desustanciación del acto administrativo, amparado como se sabe por la presunción de validez, lo que se produce *a priori* de cualquier réplica controversial por parte de quien pudiere debatir su decreto.

Y lo que se predica, como exigencia para su acogimiento, esto es, una contradicción palmar entre el acto y la norma superior, cuya tutela objetiva se invoca, es obligada premisa que irriga y penetra todo el ámbito aplicacional y pluralidad de hipótesis que ella, es decir, la suspensión, presente en la normatividad regulatoria.

Con lo así precisado, se quiere significar que, bien se trate de la medida precautoria impetrada en acción de restablecimiento del derecho, ora en acción de simple nulidad, ya en el evento de reproducción del acto suspendido, la teleología de esa medida, conocida como sobreseimiento de la ejecución, es idéntica, en el sentido de arbitrar la ordenación jurídico administrativa un instrumento para suspender los efectos de las manifestaciones de voluntades administrativas, en tanto se desarrolla el proceso que culmina y decide con sentencia

definitiva si el acto jurídico cuestionado es o no nulo; exigiendo, ya se ha anotado, como supuesto vertebral de aplicación la ostensible vulneración de la norma o acto subordinante.

Por ello, en la hipótesis del mandamiento 34 del Decreto 2304 de 1989 invocado, también es requisito esencial que tanto el acto que produce la suspensión como el otro acto, el que lo reproduce, entren en franca y evidente contradicción con aquel tipo de mandato superior, por lo que si la necesaria confrontación que entreambos se verifique no presenta esa nota de flagrancia o advertencia, *prima faciae*, sino que a la posible transgresión ha de llegarse por el *iter* de la interpretación, del denso análisis, de una dialéctica de extensa disquisición, ese instituto precautorio, lo ha repetido en plúrimas ocasiones la doctrina como la jurisprudencia, no ha lugar.

Desde otra óptica, siempre la ineluctable confrontación que ha de verificarse supone la existencia de un acto administrativo con una norma o acto administrativo de rango superior o acto jurídico subordinante.

Particularmente, la conducta normada en el artículo 158, en punto a la reproducción del acto suspendido supone primaria y fundamentalmente la prexistencia de un acto que jurisdiccionalmente es suspendido y otro u otros que lo reproducen o duplican literal o esencialmente en sus hipótesis y contenidos preceptuales lo que se convierte en causa eficiente para que la identidad o equivalencia entre el primitivo y el duplicador, determine la necesaria declaración de su ilegalidad y sea merecedor del tratamiento de suspensión. No lejos de lo precisado, se encuentra el sentido del apotegma pretoriano: *Ubi eadem ratio, ubi eadem dispositio.*

El prefacio precedente conduce a la Sala a inaceptar, en primer término, la solicitud de suspensión provisional de la respuesta al oficio 039309, distinguida con el No. 9006444-1 de 12 de octubre de 1990 dado por el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización así como de las Circulares 55 y 56 de 26 de noviembre de 1990, signadas por el Ministro de Salud, y la Carta Circular dirigida en febrero 11 de 1991, al Gerente de la Compañía Central de Seguros, por las razones que la Sala precisa:

1. Para que esta especie de suspensión provisional que, fundamentalmente se encamina a efectivizar el vedamiento de actos que padecen la medida cautelar, es necesario que, como en auto de 1o. de julio de 1988 lo señalara la Sección Cuarta del Consejo de Estado:

a) Que se esté tramitando un proceso contra un acto administrativo.

b) Que en dicho proceso se haya ordenado la suspensión provisional del acto impugnado.

c) Que la autoridad administrativa haya reproducido, en esencia, el acto suspendido.

d) Que se solicite la suspensión del nuevo acto.

e) Que se adjunte copia del nuevo acto que se pretende ser también suspendido.

En el caso *sub juris*, solo los condicionamientos a), b), d), e) se colman cabalmente, como que el proceso de la referencia se encuentra en el estado procesal de proferir sentencia, y el acto acusado, materia de contención fue suspendido por esta Sección, tal como hubo de anotarse con anterioridad y la medida premencionada ha sido objeto de expresa solicitud, y lo que el actor considera como nuevo acto.

Pero fundamentalmente el requisito c), no se satisface, por la potísima razón de no ser, de no corresponder, lo que en el memorial se señala como acto, a manifestaciones de voluntad administrativa que duplican o reproducen el suspendido. Por imperativo lógico, el que reproduce al afectado con suspensión debe ser "otro" en la intelección de normar, regular, ordenar, las hipótesis y contenidos de aquél. Para el caso *sub-judice*, ese "otro" acto, por fuerza de su significación jurídico gramatical, es decir, como duplicador debía, bien en forma literal, como extremo mayor; ora en su esencia, reglar o disponer como elemento adicional del seguro por daños a las personas, lo referente a los servicios de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicas; conservando en ese supuesto preceptual al menos su esencia, su sentido, su objeto, cualquiera que hubiese sido la forma de expresión, el contorno circunstancial, extensión regulatoria que al efecto hubiese utilizado.

Empero, sucede que lo que el nulidiscente señala o califica como actos administrativos que reproducen el primitivo, nada duplican, en la inteligencia. Inmediatamente explicitada: se circunscriben a una delimitación en el ámbito de validez efectual de la misma, es decir, y como ocupa la atención del libelista, es causa de su inconformidad, la fijación de los efectos de la multicitada suspensión *ex nunc* o constitutiva por parte de la autoridad administrativa, debiendo ser, a su juicio, restrospectivamente extendida por el efecto *ex tunc* o declarativa que se advera. Pero, se enfatiza, las citadas comunicaciones y circulares no constituyen, no son, no significan, no comportan la categoría del "otro" u "otros" actos duplicadores. Por modo que, si la causa para la suspensión del acto que se afirma duplicador que lo seria la reproducción de las hipótesis del suspendido, no existe, no es, el efecto perseguido, esto es, la medida precautoria impetrada no procede. Es la aplicación del célebre aforismo: *Sublata causa, tollitur efectus* (suprimida la causa, desaparece el efecto).

2. Si por hipótesis, lo señalado como "actos que constituyen la reproducción del acto inicialmente suspendido" fuesen tales por su estructura, naturaleza y producción de un efecto creador, modificatorio o extintivo de una situación jurí-

dica, tampoco procedería infligir sobre ellos la medida cautelar deprecada, por cuanto la irregularidad autoral que el argumentante advierte de los pretendidos actos y que le merece el calificativo de "reproducción incompleta del acto", "repetición imperfecta del acto", y que radica, según su propio juicio, en que "en la situación examinada la reproducción del acto ni siquiera se realiza por su autor" "ya que el Decreto 104 es un acto complejo a cuya formación concurren tres sujetos administrativos ...sino que aquella corre a cargo de uno de los sujetos administrativos... luego la reproducción es imperfecta..."; esa situación, repítese y siempre en el enunciado lenguaje de la hipótesis, que luego del reproche que le hace el argumentante, termina por considerarla como irrelevante sin incidencia alguna, porque "...el autor y el repetidor del acto son, al fin de cuentas uno mismo: la propia administración que se rebela contra la orden de suspensión", lo que se expresa para concluir que el presupuesto del artículo 158 del C.C.A. de "Quien lo dictó", "la misma corporación o funcionario no deben tomarse *stricto sensu*; esa posición realmente contradictoria traduce que, por lo menos, para el mismo accionante que es dubitativo si esos actos que indica como duplicadores fueron en verdad expedidos por la misma corporación o funcionario, hesitación que en modo alguno se elimina o despeja con la opinión pretranscrita de "...ser el autor y el repetidor del acto... al fin de cuentas uno mismo: la propia administración activa que se rebela contra la orden de suspensión", esa posición sin la claridad necesaria impediría por el aspecto anotado la suspensión formulada.

Entonces, para la Sala, el condicionamiento normado en el inciso 3° del artículo 34 del Decreto 2304 de 1989, concretado en la necesidad de haber sido reproducido el acto suspendido por "la misma corporación o funcionario" ha de repetirse, en el plano de la hipótesis de ser las prementadas circulares actos administrativos duplicadores del suspendido, que no lo son por lo explicitado anteriormente, no se ha configurado, por la no concurrencia de quienes por ministerio de la ley necesariamente debieron concurrir a su expedición, en la forma como lo fuera el acto suspendido.

Por lo que dice relación a la petición segunda, relativa a la nulidad "...de los actos relacionados en el punto primero de esta petición..." ha de entenderse con referencia a la oportunidad procesal indicada por la ley "...y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de esos actos...", por lo que no es del caso hacer *hic et nunc* pronunciamiento alguno.

La petición final subsidiaria, no es de recibo, por cuanto no corresponde a la autoridad jurisdiccional oficiar a personas o entidades, para que cumplan en forma debida las órdenes o decisiones que de ella emanan, cuando no existe fundamento que así lo precise o demande como sucede cabalmente en el caso *sub-lite,* en el que en forma inexpresada se pretende exigir de la autoridad administrativa y por parte de la Sala el efecto de la suspensión provisional de los actos cuestionados, cuyo decreto, por lo expuesto en el presente proveído ha de denegarse.

Por lo anteriormente expuesto, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. NIEGASE la suspensión provisional de los actos acusados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2o. ABSTIENESE de resolver sobre la petición 2a. del anterior escrito.

3o. NIEGANSE la demás peticiones.

En firme esta providencia, vuelva el negocio al despacho para proferir fallo.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de marzo de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PORTE DE ARMAS - Salvoconducto/ **DERECHO ADQUIRIDO** - Inexistencia

Las normas que dicte el Presidente de la República para reglamentar todo lo atinente al permiso o autorización de porte de armas, no quebrantan el artículo 16 de la Constitución, ya que es la fuerza pública y las autoridades administrativas las que deben proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y no es admisible, en principio, que sean las mismas personas las que, de manera individual u organizadas en grupos o milicias, mediante el empleo de armas, hagan respetar sus vidas, honra y bienes. No se puede considerar como derecho adquirido con justo título y con arreglo a las "leyes civiles", el permiso o salvoconducto otorgado con anterioridad, que norma nueva ordena revalidar antes de que se hubiere vencido el plazo con el cual inicialmente se concedió, ni la tarjeta de "salvoconducto" es la "tarjeta de propiedad del arma".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 599. Acción de nulidad contra el Decreto 1668 de 1986, proferido por el Presidente de la República. Actor: Germán Eduardo Gutiérrez Holguín.

El ciudadano GERMAN EDUARDO GUTIERREZ HOLGUIN, en ejercicio de la acción de nulidad solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 2° del Decreto Ejecutivo número 3669 de diciembre 19 de 1986, que dispone:

"Quienes a partir de la vigencia del presente Decreto posean armas con salvoconductos cuya expedición exceda de tres (3) años para armas de defensa personal o un (1) año para armas automáticas deben revalidar el respectivo salvoconducto antes de noventa (90) días, ante la autoridad Militar competente".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS

Considera el actor que, con la disposición acusada, se han quebrantado las siguientes disposiciones constitucionales y legales: los artículos 16, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional, y los artículos 73 y 84 del C.C.A., por las siguientes razones:

a) El artículo 16 de la Carta, por aplicación indebida, por que la protección a la vida, honra y bienes de las personas residentes en la República no se da, desconociendo la validez de los salvoconductos con vigencia de más de tres años.

Las personas adquirieron en la industria Militar las armas, para mejorar la defensa de su vida, honra y bienes; al momento de su adquisición o revalidación les otorgan salvoconducto con vigencia indefinida, de conformidad con las disposiciones vigentes en ese entonces, pero a partir de la vigencia del decreto acusado, esas personas no podrán poseer ni portar lícitamente las armas para la defensa de su vida, honra y bienes, pues se les ha desconocido el justo título (salvoconducto), otorgado en forma legal por el Estado, y se convierten en poseedores ilegales de sus propios bienes.

b) El artículo 30 de la Constitución Política, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, y le da a la propiedad el carácter de función social que implica obligaciones, por inaplicación, porque las personas que adquirieron armas con fundamento en los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982, tienen un derecho adquirido, en razón de que la adquisición les otorga el dominio, siendo el salvoconducto "la tarjeta de propiedad del arma" y no "se les puede desconocer la vigencia de ese título de propiedad" ya que la ley es irretroactiva, se legisla para el futuro no para el pasado, y por ello, la Administración puede determinar la nueva vigencia de los salvoconductos pero solo respecto de los expedidos a partir del 19 de diciembre de 1986, fecha en que se dictó el decreto acusado. La jurisprudencia de la Corte, que transcribe, es clara sobre los derechos adquiridos y las meras expectativas. De igual manera, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la irretroactividad de los actos administrativos.

c) El artículo 26 del ordenamiento constitucional, por cuanto las personas que poseen armas con salvoconducto de vigencia permanente expedido con base en los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982, a partir del 20 de marzo de 1987, fecha límite de la revalidación del salvoconducto, son poseedores ilegales de sus

armas, y, por tanto, pueden ser juzgados por posesión ilegal de aquéllas y decomisadas las armas, con base en disposición emitida en forma posterior, que desconoce sus legítimos derechos.

d) El artículo 20 de la Constitución, se violó por aplicación indebida, pues de conformidad con él los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes, y con el artículo acusado se convirtió en infractores a quienes, pasados 90 días de expedido el decreto demandado, no revaliden los salvoconductos de vigencia indefinida, otorgado de conformidad con las leyes vigentes en ese entonces.

e) El artículo 73 del C.C.A., por cuanto el acto acusado constituye una revocatoria directa de los decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982, ya que éstos crearon situaciones administrativas individuales o derechos adquiridos que sólo pueden ser revocados con autorización expresa y escrita del titular de ellas o ellos.

f) El artículo 84 del C.C.A., en razón de configurarse una "falsa motivación" en la parte considerativa del acto impugnado, ya que la motivación no ha demostrado que las personas, jurídicas o naturales, que tienen armas amparadas con salvoconducto de vigencia indefinida, sean las causantes de la grave perturbación del orden público.

II. ACTUACION

Mediante proveído de noviembre 20 de 1987 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional solicitada por no encontrarse, *prima facie*, el quebrantamiento de las normas superiores de derecho invocadas por la parte actora, decisión que no fue recurrida.

La Nación -Ministerio de Defensa Nacional- se constituyó en parte opositora dentro del término legal y expresó las razones que la llevan a solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Dentro del término de traslado a las partes, no se presentó por ellas memorial alguno.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en escrito de octubre 26 de 1989, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por encontrar que no se han quebrantado ninguna de las disposiciones legales y constitucionales invocadas en el libelo de demanda.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Conforme al artículo 4° de la Constitución Política, "Sólo el Gobierno puede introducir, fabricar y poseer armas y municiones de guerra", y, "nadie podrá dentro de poblado llevar armas consigo *sin permiso* de la autoridad" (subrayado fuera de texto), permiso que indubitablemente corresponde conceder a las autoridades administrativas en las cuales el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, haya fijado o radicado la competencia, hoy la "industria Militar -INDUMIL-, empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de Defensa Nacional-, ya que le corresponde al Jefe del Estado como tal y suprema autoridad administrativa" *conservar* en todo el territorio el orden público" y "restablecerlo donde fuere turbado" (art. 120-7 de la Carta).

Las normas que dicte el Presidente de la República para reglamentar todo lo atinente a ese permiso o autorización, como, por ejemplo, los requisitos que deben acreditar las personas que aspiran al mismo, la clase de armas para las cuales se puede conceder el permiso de porte y eventual uso, la persona o personas de las cuales se debe haber adquirido o adquirir el arma, el término o plazo de vigencia del permiso, su eventual renovación y los requisitos para ello, la posibilidad de que, por consideraciones de orden público o seguridad nacional, se pue da suspender e incluso revocar o extinguir, y aún prohibir su otorgamiento durante un lapso corto o largo, no quebrantan el artículo 16 de la Constitución, como lo pretende el accionante, ya que es la fuerza pública y las autoridades administrativas las que deben proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y no es admisible, en principio, que sean las mismas personas las que, de manera individual u organizadas en grupos o milicias, mediante empleo de las armas, hagan respetar sus vidas, su honra y sus bienes, pues de ser ello así, sobraría el Estado y las autoridades que forman parte de éste, y volveríamos o retrocederíamos a las situaciones primitivas de la sociedad.

Tampoco ese conjunto de reglamentaciones desconoce el derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a la ley civil, si se tiene en cuenta que la norma no está ordenando el decomiso o la expropiación, con o sin indemnización, de las armas que hayan adquirido de la Industria Militar las personas, naturales o jurídicas, ni se puede considerar como derecho adquirido con justo título y con arreglo a las "leyes civiles", el permiso o salvoconducto otorgado con anterioridad, que la nueva norma ordena revalidar antes de que se hubiere vencido el plazo por el cual inicialmente se concedió, ni la tarjeta de "salvoconducto" es la "tarjeta de propiedad del arma", como también lo sostiene el accionante.

Tampoco se está desconociendo, por parte del acto acusado el principio de la irretroactividad de la ley o del acto administrativo-regla, ya que la disposición, como bien se expresa en ella, rige "a partir de la vigencia del presente Decreto".

De igual forma, no resulta quebrantado el artículo 26 de la Constitución que consagra el derecho de defensa y el derecho al debido proceso. Quien no revalide el salvoconducto que se le otorgó con anterioridad a la expedición del nuevo ordenamiento, pues podrá ser juzgado por el porte ilegal de armas si las lleva consigo, las cuales también le podrán ser decomisadas, pero ese juzgamiento deberá hacerse conforme a la ley preexistente, por tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

El artículo 20 de la Carta tampoco se ha quebrantado, si se tiene en cuenta que ninguna responsabilidad de tipo penal se consagra en la norma acusada para quienes no cumplan con la revalidación del salvoconducto que amparaba sus armas. Si así se hubiera establecido o consagrado, es claro que la disposición demandada sería inconstitucional en virtud del desconocimiento del conocido principio del *"nullum crimen sine lege", "nulla poena sine legem"*, consagrado en varias disposiciones del ordenamiento supremo del país.

Tampoco se ha violado el ordenamiento contenido en el artículo 73 del C.C.A., si se considera que el decreto ejecutivo demandado no es un acto administrativo creador o regulador de una situación jurídica individual, particular y concreta, que vaya en contravía de otro ordenamiento de la misma naturaleza que también hubiera creado o reconocido otra situación jurídica individual, y como resultante de la facultad oficiosa de revocar directamente o del recurso gubernativo o administrativo extraordinario promovido por otra persona. El Decreto Ejecutivo demandado es un acto administrativo de carácter general y, como tal, podía derogar, total o parcialmente, otro acto administrativo de la misma categoría, pues es indubitable que ese es el fenómeno o figura jurídica que se utiliza para extinguir un acto-regla. Respecto de éste no se utiliza la figura de la "revocatoria directa", oficiosa o provocada, que opera para el acto creador de situación jurídica individual, particular y concreta.

Finalmente, la Sala no encuentra configurada la causal de nulidad denominada "Falsa motivación del acto", consagrada hoy expresamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo (art. 84 del C.C.A.). El acto acusado, en parte alguna de sus considerandos, expresa lo que dice el actor: que las personas que tienen o tenían armas amparadas con salvoconducto de vigencia indefinida, sean las causantes de la grave perturbación del orden público que se busca o buscaba remediar con la medida o determinación adoptada.

El acto, en sus considerandos, expresa solamente que "la multiplicidad de hechos de violencia que aumentan el deterioro del orden público y atentan contra la vida ciudadana y las instituciones, requiere medios tendientes a contrarrestarlas" (sic), y que por ello "es necesario ejercer un control efectivo sobre el porte

de armas de fuego en todo el territorio nacional". Ahí no se señala una autoría de esos hechos violentos.

No está, pues, demostrado o comprobado el cargo de falsa motivación que se le formula al acto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano GERMAN EDUARDO GUTIERREZ HOLGUIN.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/ **RECURSO DE APELACION/ PRINCIPIO DE CONTRADICCION**

Tiene sentido lógico y jurídico expresar que contra una resolución que revocaba una anterior procedía el recurso de apelación "para las partes distintas del solicitante", que de hecho no habían tenido la posibilidad de controvertir una decisión que sólo en ese momento les era desfavorable, por cuanto la inicial les había favorecido.

TEORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS/ SUSTANCIALES Y ACCIDENTALES/ PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS

En relación con los procedimientos admininistrativos necesarios para la expedición de los actos, la doctrina y la jurisprudencia han hecho notar que si bien constituyen causal de nulidad (no del procedimiento sino de los actos definitivos) el haber sido expedidos en forma irregular, no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto. Al efecto se ha elaborado la teoría de las formalidades y procedimientos sustanciales y no sustanciales o accidentales en el sentido de que sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de sustanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 190. Actor: León Kadoch B.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano León Kadoch B., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra las Resoluciones números 1150 del 11 de junio de 1981, y 3125 del 5 de octubre del mismo año y 1744 del 19 de julio de 1984, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

a. ***Las pretensiones de la demanda***

El demandante solicita a esta Corporación resolver sobre siguientes peticiones:

Primer grupo:

1. Se declare nula, en todas sus partes, la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industia y Comercio, mediante la cual se revocó la Resolución No. 3125 de octubre 5 de 1981 y se confirmó la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981.

2. A título de restablecimiento del derecho se disponga dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981.

Segundo grupo:

En subsidio del anterior grupo de peticiones:

1. Declarar la nulidad, en todas sus partes, de la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Declarar la nulidad del artículo 4° de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual se indicó, ilegalmente, la procedencia del recurso de apelación.

3. Como restablecimiento del derecho se disponga dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial.

Tercer grupo:

En subsidio de los anteriores grupos de peticiones:

1. Declarar la nulidad, en todas sus partes, de la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984, proferida por la Superintendencia Industria y Comercio.

2. Declarar la nulidad, en todas sus partes, de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial.

3. A título de restablecimiento del derecho se disponga:

3.a. Declarar nula toda la actuación posterior al 7 de julio de 1981, fecha de presentación del memorial de desistimiento de algunas de las pretensiones contenidas en la solicitud de registro de la marca en la clase 25.

3.b. Aceptar el desistimiento parcial presentado mediante el citado memorial del 7 de julio de 1981.

3.c. Reanudar el trámite de las demandas de oposición presentadas, solamente en cuanto a las pretensiones de registro no desistidas.

Cuarto grupo

En subsidio de los anteriores grupos de peticiones:

1. Se declare la nulidad, en todas sus partes, de la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Se declare la nulidad, en todas sus partes, de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, proferida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Se declare nula, en todas sus partes, la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

4. Como restablecimiento del derecho se ordene:

4.1. Rechazar las oposiciones presentadas, por inexistencia de la escritura pública constitutiva del poder.

4.2. Ordenar el registro de la marca solicitada y, previo el pago de los derechos de publicación del titulo, expedir y entregar el correspondiente certificado de registro de la marca "VOGUE", en las clases 24 y 25.

4.3. En subsidio de las anteriores peticiones 4.1. y 4.2., dar traslado de las demandas de oposición a la parte solicitante del registro, para que se proceda a su *litis contestatio*.

b. ***Los actos acusados***

1. Mediante Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981, proferida por la División Nacional de Propiedad Industrial de la Superintendecia de Industria y Comercio, se declararon fundadas las oposiciones presentadas por las firmas THE

CONDE NAST PUBLICATIONS INC., domiciliada en New York, Estados Unidos de América y UNIROYAL CROYDON S.A., domiciliada en Cali, Colombia, contra el registro de la expresión "VOGUE" como marca para distinguir productos de las clases 24a y 25a del Decreto 755 de 1972 y se negó el registro de la misma expresión como marca para distinguir productos de las mencionadas clases (fl.261 a 263).

2. Por medio de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, la División Nacional de Propiedad Industrial de la Superintendencia Industrial y Comercio dispuso revocar la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981, se ordenó inscribir en favor del señor León Kadoch el registro de la marca "VOGUE" y, previo pago de los derechos por concepto de publicación del título, expedir y entregar el correspondiente certificado de registro de la marca (fls. 95 a 100).

3. Mediante Resolución No.1744 del 19 de julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio se resolvió revocar la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, originaria de la División Propiedad Industrial y confirmar la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981, emanada de la misma División de Propiedad Industrial (fls. 114 a 121).

c. ***Los hechos de la demanda***

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 142 a 152):

1. Irregularidades procesales

Para los efectos del inciso 2o. del artículo 175 del C.C.A.,en concordancia con el artículo 332 del C.de P.C., el asunto que se debate en este proceso tiene las siguientes cinco causas *petendi* diferentes:

1.1. Haberse otorgado y decidido un recurso de apelación no autorizado por la ley procesal, propuesto por las partes opositoras al registro de la marca, cuando ha debido declararse agotada la vía gubernativa por haberse ya interpuesto los recursos de reposición y apelación subsidiaria y haberse decidido, en vía de reposición.

1.2. Por haberse presentado desistimiento parcial de la solicitud de registro de la marca "VOGUE" en la clase 25, la administración ha debido suspender el proceso gubernativo de registro, aceptar el desistimiento antes de continuar nuevamente el trámite o denegar dicho desistimiento mediante resolución motivada.

1.3. Falta de congruencia entre lo pedido, una vez presentado el desistimiento parcial, y lo decidido.

1.4. El hecho de que tanto el poder general como el especial conferido a las dos partes opositoras para formular, entre otras cosas demandas de oposición al

registro de marcas, en general, y, concretamente, al registro de la marca "VOGUE" en las clases 24 y 25, no constan por escritura pública, equivale a la inexistencia total por tratarse de un requisito *ad sustantiam actus*.

1.5. Una vez presentadas las demandas de oposición al registro de la marca "VOGUE" no se dió traslado de ellas a la parte solicitante demandada para efectos del debido proceso, del ejercicio del derecho de defensa y del cumplimiento del principio de la *litis contestatio*.

2. El 10 de diciembre de 1976 el actor solicitó, en forma acumulada, ante la División de Propiedad Industrial, de la Superintendencia de Industria y Comercio, la concesión y registro de la marca "VOGUE" para distinguir los productos de la clase 24 y todos aquellos de la clase 25 del artículo 2o. del Decreto 755 de 1972. La solicitud fue admitida y dio origen al expediente gubernativo No. 162.578.

3. La División de Propiedad Industrial no presentó oficiosamente oposición policiva por violación de normas protectoras de derechos adquiridos y fue así como se decidió continuar el trámite de concesión y registro de las marcas solicitadas.

4. No se presentó ninguna demanda de oposición por violación de normas sustanciales protectoras del orden jurídico general y abstracto en materia marcaria, como tampoco por violación de normas de derecho procesal gubernativo.

5. Las dos oposiciones presentadas por violación de norma protectoras de pretendidos derechos de posesión o de propiedad sobre la marca "VOGUE" se hicieron a pesar de la inexistencia de poder.

6. Los apoderados de las partes opositoras presentaron poder general o especial para todos los asuntos relativos a propiedad industrial,los cuales, al tenor del artículo 65 del C.de P.C. no fueron conferidos por escritura pública. No obstante, los supuestos apoderados de las firmas THE CONDE NAST PUBLICATIONS INC. y UNIROYAL CROYDON S.A. manifestaron en la demanda haber protocolizado bajo los números 585 y 669, en la División de Propiedad Industrial, los poderes conferidos por escritura pública.

7. El Secretario de la División de Propiedad Industrial expidió certificaciones según las cuales las sociedades opositoras tenían protocolizado en dicha dependencia, bajo los números indicados en el numeral anterior, los citados poderes.

8. Ante la inexistencia de poder otorgado por escritura pública, la División de Propiedad Industrial no ha debido admitir las demandas de oposición.

9. La División de Propiedad Industrial no dió traslado de las demandas de oposición a la parte solicitante del registro.

10. Mediante la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981 la División de Propiedad Industrial declaró fundadas las oposiciones y denegó el registro de la marca, frente a lo cual la parte solicitante interpuso recursos de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron favorables al recurrente, quedando así agotada la vía gubernativa para todas las partes.

11. En el mismo memorial sustentatorio de los recursos de reposición y de apelación se presentó desistimiento parcial de la solicitud de registro en la clase 25, frente a lo cual la Administración ha debido decidir sobre la misma antes de continuar el proceso gubernativo. Por tanto, la decisión sobre pretensiones ya desistidas hace incurrir en el vicio procesal de la incongruencia de la decisión, además de que la no aceptación de un desistimiento requiere de resolución motivada.

12. Con la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981 que decidió favorablemente los recursos interpuestos por la parte actora se agotó la vía gubernativa. No obstante, en el mismo acto se dispuso la procedencia del recurso de apelación para las partes distintas al solicitante.

13. La Administración no puede discrecionalmente indicar recursos legalmente procedentes, así como tampoco revivir un proceso legalmente concluido y mucho menos revocar directamente el acto que haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreta, o reconocido un derecho de igual categoría, sin autorización expresa de su titular.

14. Como quiera que las partes opositoras presentaron recurso de apelación, la Superintendencia de Industria y Comercio dictó la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984, quedando así agotada la vía gubernativa; que para efectos de la demanda radica en el hecho de que se trata de un nuevo acto administrativo contra el cual no procede ningún recurso.

d. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación***

El actor considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 152 a 169), en el orden que el actor presenta en la demanda bajo el acápite "Concepto de la Violación".

PRIMERO Y SEGUNDO CARGOS.- Violación de los artículos 13, 16 y 18 del Decreto 2733 de 1959, en concordancia con los artículos 50, 51, 62 y 63 "del nuevo C.C.A.", toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984, a pesar de haberse ya agotado la vía gubernativa.

TERCER CARGO.- Violación del parágrafo 2° del artículo del Decreto 2733 de 1959, en concordancia con el artículo 47 del "nuevo C.C.A.", porque estas normas disponen que se deben indicar los recursos que legalmente proceden y no aquellos que discrecionalmente el funcionario determine, tal como ocurrió con el

artículo 4° de la Resolución No. 3125 de octubre 5 de 1981. Así mismo, la Administración debe declarar de oficio el agotamiento de la vía gubernativa y aún cuando en el acto en que así debió disponerse se señalen nuevos recursos, el superior sólo puede decidir aquellos que legalmente proceden.

CUARTO CARGO.- Violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, en concordancia con el artículo 73 "del nuevo C.C.A.", porque la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984 desconoció la situación jurídica particular y concreta creada en cabeza del actor mediante la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, lo cual equivale a una revocatoria directa consentimiento previo, expreso y escrito del mismo.

QUINTO CARGO.- Violación del artículo 3° en la parte final inciso quinto, y del artículo 165 "del nuevo C.C.A.", en concordancia con el artículo 152 numeral 3° del C. de P.C., porque la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984 incurrió en nulidad procesal, al revivir el proceso gubernativo legalmente concluido en la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981.

SEXTO CARGO.- Violación de los artículos 8° y 62, numeral 4 y 165 del C.C.A., en concordancia con el artículo 342 (en sus dos últimos incisos), el artículo 152 (numeral 5°) y el artículo 170 (en sus dos últimos incisos) del C. de P.C. De conformidad con el artículo 8° del C.C.A. la no aceptación del desistimiento de algunas pretensiones de la solicitud de registro ha debido hacerse mediante resolución motivada. Además, el numeral 4 del artículo 62 del C.C.A. prevé que los desistimientos deben ser aceptados, hecho este que no ocurrió. Por otra parte, la Administración no dio cumplimiento al artículo 342 del C. de P.C. al no dictar el auto previo de aceptación del desistimiento, ni disponer que el proceso continuara respecto de las demás pretensiones. Por último, al existir la acumulación de diversas pretensiones de registro en las clases 24 y 25, ha debido suspenderse el trámite del proceso gubernativo de registro mientras se decidía el desistimiento parcial de la solicitud de registro de algunos productos de la clase 25.

SEPTIMO CARGO.- Violación del artículo 59 "del nuevo C.C.A.", en concordancia con el artículo 305 del C. de P.C., porque las dos últimas resoluciones expedidas por la Administración no resolvieron todas las cuestiones planteadas y las que, no habiendo sido planteadas antes, aparecieron con motivo de los recursos de reposición y subsidiario de apelación interpuestos, cual es el caso del desistimiento parcial de algunas de las pretensiones de registro en la clase 25. Además, estas mismas resoluciones, con violación de artículo 305 del C. de P.C. "... no fueron proferidas en consonancia con las pretensiones aducidas en las demás oportunidades que establece la ley...".

OCTAVO CARGO.-Violación de los artículos 87, 92, 152 numeral 4 del C. de P.C., en concordancia con el artículo 14 del "nuevo C.C.A.", al no haberse dado traslado de las demandas de oposición a la parte demandada, ni habérsele notificado el auto admisorio de las mismas.

NOVENO CARGO.- Violación de los artículos 544 numeral 1 y 597 del C. de Co., en concordancia con los artículos 65 y 152, numeral 7, de C. de P.C., y de acuerdo con los artículos 3°, y parte final del inciso quinto,165 "del nuevo C.C.A." y 113 numeral 2° "del anterior C.C.A.", porque al no haberse otorgado los poderes presentados por las partes opositoras por escritura pública, se incumplió un requisito *ad substantiam actus* que conlleva su inexistencia y acarrea la nulidad de lo actuado, desde el auto admisorio de las demandas de oposición.

DECIMO CARGO.- Violación del artículo 282 "del anterior C.C.A.", en concordancia con los artículos 1° inciso segundo y 267 "del nuevo C.C.A.", y con el artículo 2° del C. de Co., porque estas normas ordenan llenar los vacíos en el procedimiento con las normas del procedimiento civil e igualmente mediante la aplicación de las normas generales de la parte primera del C.C.A. En consecuencia, se violaron por falta de aplicación los artículos 65, 87, 92, 152, 170, 305 y 342 del C. de P.C. y los artículos 8, 14, 47, 50, 51, 59, 62, 63, 73 y 165 del C.C.A.

DECIMO PRIMER CARGO.- Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque de acuerdo con lo expuesto la administración no obtuvó la plenitud de las formas propias del proceso gubernativo de registro de marcas, ni del proceso de oposición al registro de las marcas solicitadas.

e. ***Las razones de la defensa***

En su alegato de conclusión de las partes demandadas, la sociedad The Conde Nast Publications Inc. expresa en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 300 a 306).

1. La parte actora, solicitante del registro y concesión de la marca VOGUE presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981, por la cual la División de Propiedad Industrial declaró fundadas las demandas de oposición presentadas contra la solicitud de registro de la mencionada marca. El recurso interpuesto fue decidido "*en vía de reposición*" (subraya el impugnante) mediante la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, por medio de la cual se declararon infudadas las oposiciones y se ordenó el registro de la marca. Como quiera la apelación no se había tramitado, era válido que la administración concediera y resolviera el recurso de apelación, en favor de los opositores, hecho éste que se dió con la Resolucón No. 1744 del 19 de julio de 1984. En consecuencia, la vía gubernativa se agotó en esta última resolución.

"Las resoluciones que resuelven el trámite de registro de una marca no son autos intermedios de un proceso sino actuaciones que finalizan la primera estancia (sic) de un trámite, y es obvio entonces que los afectados por una segunda resolución emitida por el mismo organismo que expidió la primera tengan derecho a controvertirla en apelación".

2. Sobre la solicitud del actor, en el sentido de que se rechacen las oposiciones presentadas a su solicitud de registro de marca debido a la inexistencia de escritura pública constitutiva de poder, se solicita tener en cuenta las normas supranacionales de la Ley 10 de 1943, que incorpora a la Legislación Nacional el Convenio Internacional de Poderes y que en sus artículos V, VII y IX dispone la validez de tales actos en otro país miembro si en el originario fueron debidamente otorgados y en el extranjero se protocolizan, lo que ocurrió en este caso.

Por otra parte, los artículos 543, parágrafo 1° y 544 numeral 1° del C. de Co., aplicables a asuntos marcarios por remisión del artículo 597 del mismo estatuto, señalan que en relación con los poderes otorgados por sociedades residentes fuera del País para tramitar asuntos relativos a la propiedad industrial, es suficiente su protocolización ante la División de Propiedad Industrial.

De considerarse que le asiste razón a la parte actora en este punto se solicita la anulación de toda la actuación procesal puesto que la notificación de la demanda se realizó con base en el poder protocolizado bajo el número 585 de la División de Propiedad Industrial. En este evento, deberá notificarse la demanda a la firma The Conde Nast Publications Inc., domiciliada en New York, a través del Cónsul colombiano.

3. El trámite de las oposiciones, que culminó con el rechazo del registro de la marca VOGUE se adelantó de acuerdo con las normas del Código de Comercio y de la Decisión 85 del Pacto Andino.

Las normas presuntamente violadas no se aplican al trámite de las oposiciones por cuanto esta materia se encuentra íntegramente regulada por los artículos 587, 589, 590 y 591 del Código de Comercio, según sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado de junio 3 de 1976, con las modificaciones introducidas por la Decisión 85 del Pacto Andino. En tal virtud y en aplicación del inciso segundo del artículo 1° del C.C.A., las normas de este Código no son aplicables al trámite administrativo de las oposiciones como tampoco lo son los artículos del C. de P.C. citados por el demandante. Así, pues, de acuerdo con los artículos 66 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena y 590 del C.Co. no se establece la necesidad de un traslado de las oposiciones presentadas al registro de una marca.

El auto admisorio de las oposiciones fue notificado por anotación en el estado del 17 de febrero de 1978, providencia que no requería notificación personal al solicitante por cuanto éste ya se encontraba legalmente vinculado al proceso. Si se considerase que se presentó el vicio que alego el demandante, ello no sería motivo de nulidad pues el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa (numeral 4° del artículo 156 del C. de P.C.), ya que en el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981 el apoderado del solicitante se refirió extensamente al contenido de las oposiciones presentadas.

f. *La actuación surtida*

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A. al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante providencia del 6 de mayo de 1988 (fls 286 y 287) se decretó la reconstrucción del expediente No. 4878 y se ordenó tener como auténticos los proveídos documentos acompañados con la solicitud, como consecuencia de haber desaparecido durante los sucesos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia.

Por auto visible a folio 290 se decretaron las pruebas dentro del proceso.

En providencia del 26 de agosto de 1988 (fl.292) se dio traslado a las partes para alegar de conclusión. Hicieron uso de este derecho la parte actora y la Sociedad The Conde Nast Publications Inc. (fl. 293 a 306).

Por auto del 11 de octubre de 1988 se dió traslado al Fiscal Primero de la Corporación (fl.308), quien, en concepto No. 555-88 (fls. 310 a 312) sugirió solicitar al Tribunal Andino de Justicia la interpretación prejudicial de las normas aplicables al caso *sub-judice*.

Mediante providencia del 31 de julio de 1989 (fls. 320 a 325) no se accedió a decretar la acumulación de este proceso al identificado con el número 189.

Por auto visible a folios 326 a 329 no se accedió al pedimento del Fiscal Primero de la Corporación sobre interpretación por la vía prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia y se dispuso pasar el expediente a esa Agencia para emitir su concepto de fondo.

La agencia del Ministerio Público emitió su concepto No. 746-90 que obra a folios 330 a 333.

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación expresa que está en un todo de acuerdo con la Resolución No. 1744 del 19 julio de 1984, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que las distintas naturalezas y clases de un producto no son suficientes para creer que se trata de diferentes productos y por lo mismo aceptar sus registros cuando entre ellos media el mismo nombre. Al ser idénticas las marcas que se discuten, no cabe su examen ni desde el punto de vista fonético, ni gráfico, ni conceptual. Además, la marca que dio origen al expediente No. 162. 578 no reúne los requisitos del artículo 54 del C. de Co., en cuanto a que los signos a registrar sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos.

Por último, los registros números 44. 231 y 44. 232, alegados por la parte actora en el expediente administrativo arriba señalado "caducaron por falta de renovación oportuna", como expresamente lo manifiesta en escrito que obra a folio 31 de este expediente y es claro que el derecho de uso exlusivo de una marca sólo se confiere al registro de la misma ante oficina nacional competente.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Fiscalía considera que no deben prosperar las pretensiones del actor.

III. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La Sala hace notar, en primer lugar, que, como lo manifiesta expresamente el actor, la controversia que es objeto del presente proceso tienen que ver exclusivamente con las presuntas irregularidades de procedimiento planteadas en las cinco *causas petendi* enunciadas en el acápite Primero de los Fundamentos de Hecho de la demanda (V. fl. 142 del expediente), las cuales son concordantes con los cargos igualmente planteados en el mismo libelo. Por lo tanto, de ninguna manera hace parte de este proceso el análisis de la legalidad del contenido de los actos demandados, como el realizado por el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo.

Hecha la anterior aclaración, la Sala procede a analizar cada uno de los cargos, en el mismo orden en que fueron planteados por el actor, así:

EN RELACION CON EL PRIMERO Y SEGUNDO CARGOS.- *Expedición de la Resolución No. 1744 de 1984, a pesar de haberse agotado la vía gubernativa.*

De acuerdo con el actor, este cargo se configura por el hecho de que la Resolución citada se expidió con posterioridad al agotamiento de la vía gubernativa, ya que esta se había producido con lo expedición de la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, mediante la cual se resolvió favorablemente el recurso de reposición y el subsidiario de apelación interpuestos por el actor contra lo Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981. Según el actor esta situación violó "*el principio de la triple unicidad procesal en la interposición del recurso de apelación contra providencias TOTALMENTE DESFAVORABLES*, principio que es propio de las normas procesales especiales que regulan la vía gubernativa, según el cual el recurso de apelación ya sea directo, ya sea subsidiario, es triplemente único, en el sentido de que es suceptible de interponerse *un solo y único recurso de apelación, por una sola y única vez, y en una sola y única oportunidad procesal*" (Subrayados de la demanda).

Para una mejor comprensión del cargo, la Sala precisa los siguientes hechos en los cuales aquél se sustenta:

1o. Mediante la Resolución No. 1150 del 11 de junio de 1981, se declararon fundadas las oposiciones presentados por los dos opositores contra la solicitud de registro de lo marca "VOGUE" presentada por el actor y negó dicha solicitud (V. fl. 24 del Expediente).

2o. El solicitante del registro y actor en este proceso presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la resolución anterior (V. fls. 27 a 34 del expediente).

3o. Al resolver el recurso de reposición interpuesto, la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981 revocó la No. 1150 del 11 de junio de 1981, ordenó inscribir la marca "VOGUE" a favor del solicitante y afirmó en su artículo 4° que contra ella procedía el recurso de apelación "para las partes distintas al solicitante" (V. fl. 100 del expediente).

4o. Los opositores presentaron oportunamente el recurso de apelación contra lo resolución anterior (V. fls. 102 a 111 del expediente).

5o. Al resolver el recurso de apelación citado en el numeral anterior, la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984 revocó la No. 3125 del 5 de octubre de 1981, confirmó la No. 1150 del 11 de junio de 1981 y declaró agotada la vía gubernativa.

De tal manera que el cargo se concreta a afirmar que con la Resolución No. 3125 de 1981, al resolver el recurso de reposición favorablemente al peticionario, se agotó la vía gubernativa y aquella no podía conceder un nuevo recurso de apelación y, por lo mismo, no podía dictarse nueva resolución como la No. 1744 del 19 de julio de 1984.

Al respecto, la Sala anota que de acuerdo con los artículos 13, 16 y 18, del Decreto 2733 de 1959, vigente al momento de expedirse la Resolución 3125 de 1981, ellos efectivamente establecían, como lo afirma el actor, la procedencia de los recursos de reposición y apelación, la prescripción de que el de apelación podía interponerse directamente o como subsidiario del de reposición y que se entendía agotada la vía gubernativa, entre otros eventos, cuando los recursos eran decididos. En relación con esos mismos aspectos, son similares las prescripciones de los artículos 50, 51, 62 y 63 del actual Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de expedirse la Resolución No. 1744 del 19 de julio de 1984.

Pero no encuentra la Sala que de allí surja el pretendido "principio de la triple unicidad procesal en la interposición del recurso de apelación" en los términos planteados por el actor. Lo que sí encuentra la Sala es un vacío normativo en cuanto a la regulación de casos como el *sub-judice*, en el cual el afectado por el acto definitivo interpone los recursos a que tiene derecho, mientras que los beneficiados por el acto guardan silencio inicialmente, por la sencilla razón de que dicho acto los favorece en su totalidad, sin que siquiera tengan la oportunidad de controvertir los argumentos del recurrente por cuanto los recursos deben

resolverse de plano. De tal manera que si el acto recurrido por el afectado es revocado, los beneficiados con el primero y afectados con la revocación se encuentran en una situación equivalente a que el acto inicial les hubiera sido desfavorable y en esas circunstancias es lógico que tengan la posibilidad de controvertirlo, que no tuvieron de hecho en un comienzo, en aplicación de uno de los principios rectores u orientadores de las actuaciones administrativas que actualmente se encuentran consagradas legalmente en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, como es el de contradicción, en virtud del cual los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir las decisiones. Como lo expresa la misma norma, esos principios "servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento".

En consecuencia, la Sala considera que eso fue lo que hizo, con un sentido lógico y jurídico, la División Nacional de Propiedad Industrial al expresar que contra la resolución que revocaba una anterior procedía el recurso de apelación "para las partes distintos del solicitante", que de hecho no habían tenido la posibilidad de controvertir una decisión que solo en ese momento les era desfavorable, por cuanto la inicial les había favorecido, interpretación que fue acogida por el Superintendente de Industria y Comercio al darle trámite y resolver el recurso de apelación así interpuesto.

En conclusión, para la Sala la Resolución No. 3125 de 1981 no agotaba la vía gubernativa y, por lo mismo, la No. 1744 de 1984 no se expidió después de agotada aquella vía, por la cual no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL TERCER CARGO.- Por las mismas razones expresadas en relación con el primero y segundo cargos, no prospera el tercero, ya que de acuerdo con la interpretación jurídica adoptada por la fue Sala fue legal y no discrecional la indicación de la procedencia del recurso de apelación en la Resolución No. 3125 de 1981 y, por lo mismo, no podía indicarse allí el agotamiento de la vía gubernativa y el superior estaba habilitado para decidir el recurso de apelación interpuesto por los afectados con aquella resolución. Por lo tanto, no pueden considerarse violados el Parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 2733 de 1959 ni el art. 47 del C.C.A., además de que la obligación expresada en esas normas sobre indicación de los recursos que proceden no se refiere al texto del acto sino al de la notificación o publicación.

EN RELACION CON EL CUARTO CARGO.- Tampoco puede prosperar este cargo, ya que la prohibición contenida en los artículos 24 del Decreto 2733 de 1959 y 73 del actual Código Contencioso Administrativo, en el sentido de no revocar sin consentimiento expreso y escrito del titular, un acto creador de una situación jurídica particular y concreta, se refiere a actos en firme y no a decisiones que están en trámite de controversia dentro del procedimiento de la vía gubernativa y que, por lo mismo, aún no se encuentran ejecutoriadas.

EN RELACION CON EL QUINTO CARGO.- Como de acuerdo con la interpretación adoptada por la Sala la vía gubernativa no concluyó legalmente con

la Resolución No. 3125 del 5 de octubre de 1981, que constituye el supuesto de este cargo, tampoco él puede prosperar por no ser posible configurar la presunta nulidad planteada por el demandante por lo violación de los artículos 165 del C.C.A. y 152, numeral 3°, del C. de P.C. que, además, regulan el tema de las nulidades procesales y no las posibles nulidades en el procedimiento gubernativo.

EN RELACION CON EL SEXTO CARGO.- Para sustentar este cargo el actor afirma que no se aceptó el desistimiento de algunas pretensiones de la solicitud de registro presentado por él; que dicha aceptación del desistimiento ha debido hacerse mediante resolución motivada; y que ha debido suspenderse el trámite del proceso gubernativo de registro mientras se decidía el desistimiento parcial, con todo lo cual presuntamente se violaron los artículos 8°, 62 y 165 del C.C.A., en concordancia con los artículos 342 (dos últimos incisos), 152 (numeral 5°), 170 (dos últimos incisos).

Frente a las anteriores acusaciones la Sala hace notar que el demandante mezcla, sin una explicación coherente, normas que regulan los procedimientos propios de lo actuación administrativa con otras que regulan los procedimientos judiciales y las causales de nulidad de los procesos contenciosos, sin que esa asimilación pura y simple pueda ser procedente dada la naturaleza diferente de esas dos clases de procedimientos.

Además, concretamente en relación con los procedimientos administrativos necesarios para la expedición de los actos, la doctrina y la jurisprudencia han hecho notar que si bien constituye causal de nulidad (no del procedimiento sino de los actos definitivos) el haber sido expedidos en forma irregular, no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto. Al efecto se ha elaborado la teoría de las formalidades y procedimientos sustanciales y no sustanciales o accidentales en el sentido de que solo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de sustanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto. A pesar de que esa calificación es difícil y depende de cada caso, el criterio aplicable principalmente es el de la influencia que la omisión de la formalidad o procedimiento ha podido tener sobre la decisión, es decir, que serán formalidades o procedimientos sustanciales aquellos cuya omisión implica que la decisión sería diferente de la tomada.

Al respecto, ha dicho esta Corporación lo siguiente:

"La segunda (se refiere a la causal de anulación por vicios de forma) se desprende de que los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no solo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental, para asegurar la certeza documental, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez, al revés de lo que sucede en la actividad privada, que muchas veces se ejerce mediante negocios jurídicos que se

perfeccionan con el simple intercambio del consentimiento de las personas que en ellos intervienen.

"Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse lo voluntad de la aministración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto, pues como dice Albert, en su obra "Controle Jurisdiccionel de L'administration", "Débese precaver de las matemáticas jurídicas, ya que proclamando que la nulidad se presume, no habría administración posible si el Consejo de Estado anulase los actos administrativos por omisión de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo cumplimiento no habría, en la realidad de los hechos, podido procurar ninguna garantía suplementaria a los administrados".

"A su turno Walline opina: "Si el Consejo de Estado anulase despiadadamente por vicios de forma, los actos en cuyo cumplimiento se hubiese deslizado la menor incorrección de forma, la administración sería incitada para evitar la anulación de sus actos a exagerar lo minuciosidad del formalismo y se vendría con ello o dilatar aún más los procedimientos burocráticos que ya de por sí pecan de complicados, ocasionando frecuentemente a los administrados una incomodidad excesiva".

"Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. A este propósito el mismo Walline dice: "En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La directiva jurisprudencial a este respecto es la siguiente: ¿Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? ¿Habría sido la misma que la establecida en el acto? ¿Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas" (Cita de Alberto Preciado, como las anteriores, en sus apuntes sobre la Conferencia de Derecho Administrativo Especial, Universidad Javeriana, 1966) (Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1968. Consejero ponente: Doctor Alfonso Meluk. Anales Tomo LXXIV, Págs. 178 y 179).

En relación con el caso *sub-judice*, la Sala considera que el hecho de no haberse pronunciado formalmente sobre el desistimiento parcial de la solicitud y no haberse suspendido el trámite para el efecto, además de ser argumentos en sí mismos discutibles, en nada inciden en la decisión definitiva que finalmente negó la solicitud en su totalidad y que hasta el momento ha sido encontrada válida por la Sala. En esas condiciones, la Sala considera que los vicios aducidos por el actor son simplemente accidentales, frente a la decisión final, por lo cual constituiría un excesivo culto al formalismo el declarar la nulidad simplemente por ellos.

En consecuencia, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL SEPTIMO CARGO.- Como puede constatarse en el texto de las resoluciones acusadas, efectivamente la administración no se pronunció de manera expresa sobre el desistimiento parcial de su petición que en algún momento hizo el entonces peticionario. Sin embargo, como ya se expresó en relación con el cargo anterior, la Sala no encuentra, ni el actor lo explicó, de qué manera dicha omisión procedimental pudiera incidir sobre la decisión definitiva que se traduce en la negación de la petición que dio lugar al trámite administrativo.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL OCTAVO CARGO.- La Sala comparte el planteamiento de una de las partes impugnantes, en el sentito de que los artículos 87, 92 y 152, numeral 4°, del C. de P. C. y 14 del C.C.A. no son aplicables al trámite de las oposiciones, ya que el procedimiento en materia de registro de marcas está regulado por los artículos 587, 589, 590 y otros del Código de Comercio, con las modificaciones introducidas por la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según lo ha reconocido esta misma Sección Primera en sentencia de junio 3 de 1976, con ponencia del Consejero doctor Alvaro Pérez Vives, expediente No. 2148. Actor: Compañía Elaboradora de Muebles Limitada.

Por lo mismo, en virtud del artículo 1° del C.C.A. éste no es aplicable al punto analizado, como tampoco lo son los artículos del Código de Procedimiento Civil citados en el cargo.

Si a lo anterior se agrega que las normas del Código de Comercio y de la Decisión 85 no establecen la necesidad del traslado de las demandas de oposición al solicitante ni de la notificación personal de aquellas a este último, no puede prosperar el cargo.

EN RELACION CON EL NOVENO CARGO.- Para la Sala es suficiente hacer notar que de conformidad con lo previsto en ordinal 1° del artículo 544 del Código de Comercio, aplicable a los asuntos relativos a marcas en virtud de la remisión que hace el artículo 597 del mismo estatuto, a la solicitud debe acompañarse "el poder o la certificación de que se halla protocolizado en la Oficina de Propiedad Industrial...".

Y como respecto de los poderes controvertidos por el actor aparecen a folios 133 y 266 sendas constancias firmadas por el Secretario de Propiedad Industrial, según las cuales el poder conferido por UNIROYAL CROYDON S.A. al doctor Pedro Castillo Pineda se tiene por protocolizado, "...teniendo en cuenta que la presente solicitud reúne los requisitos exigidos por la ley...", y "que bajo el número 585 se encuentra protocolizado desde el día 3 de diciembre de 1973, el poder otorgado por la Sociedad THE CONDENAST PUBLICATIONS INC., ...a favor del Dr. JOSE LLOREDA CAMACHO", sin que se encuentre proto-

colizado poder posterior ni se haya revocado de manera expresa, para la Sala no puede prosperar el cargo.

EN RELACION CON EL DECIMO CARGO.- Como este cargo se fundamenta en la consideración general de que eran aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil y las normas de la parte primera del C.C.A., reuniendo en él las diversas irregularidades procesales o de procedimiento a que se refieren los cargos ya estudiados, y como se ha concluido que dichos cargos anteriores no prosperan, tampoco puede prosperar éste que se fundamentó en ellos.

EN RELACION CON EL DECIMO PRIMER CARGO.- De la misma manera que el cargo anterior, éste se refiere a la presunta violación del artículo 20 de la Constitución Nacional por el hecho de haberse incurrido en las diversas irregularidades a que se refieren los cargos anteriores, sobre la no observancia de la plenitud de las formas propias del proceso gubernativo de registro de marcas y del proceso de oposición al registro. En consecuencia, como dichos cargos no han prosperado tampoco puede prosperar éste último.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Segundo.- De conformidad con los artículos 171 del C.C.A. y 392 del C.P.C. condénase al demandante a pagar las costas del proceso. Liquídense por Secretaría.

Tercero.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

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 catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

Nota de Relatoría: Reiterada en sentencia de junio 6/91 Exp. 303. Actor: Jorge E. Vera Vargas. Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez.

TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO / COMPETENCIA

No predicándose violación de ninguna de las normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no es procedente formular el pedimento solicitado al Tribunal de Justicia Andino, pues no es de su resorte pronunciarse sobre las normas que integran nuestro derecho, ni mucho menos someter a su consideración la preponderancia de la Decisión 85 frente al Acuerdo Bolivariano de 1911.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 1537. Actor: Alvaro Bonell.

Mediante escrito que obra a folios 126 a 130 el apoderado de la parte actora solicita adicionar el auto de 6 de febrero de 1991, por el cual se dispuso correr traslado a las partes y al Fiscal de la Corporación para formular alegatos de conclusión y emitir su concepto, respectivamente.

La adición que se solicita consiste en que previamente a la formulación de alegatos de las partes y al concepto de la Fiscalía se "...aplique el artículo XXIX del Tratado por medio del cual fue creado el Tribunal Andino de Justicia, aprobado por la Ley 17 de 1980... y en consecuencia se suspenda el proceso y se solicite al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena su obligatoria Interpretación Prejudicial de las normas pertinentes del ordenamiento legal Andino.

La parte actora fundamenta su solicitud, esencialmente en las siguientes razones:

a) Las normas del Tratado por el cual se creó el Tribunal Andino de Justicia indican que cuando el proceso que se va a fallar envuelve la interpretación de

normas del derecho comunitario, el juez nacional que conoce de un proceso en instancia, sin recurso ulterior, está obligado a solicitar de oficio o a solicitud de parte, la interpretación prejudicial del mencionado Tribunal, la cual será de obligatorio cumplimiento.

b) La petición de interpretación prejudicial fue solicitada en la demanda, por cuanto el acto impugnado se fundamenta en la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y, por el contrario, la solicitud de patente encuentra su fundamento en el Acuerdo Bolivariano de 1911.

Sobre la cuestión planteada, se considera lo siguiente:

La solicitud de interpretación prejudicial que formula la parte actora en su demanda, tiene por finalidad determinar si las normas aplicables a la solicitud de patente de invención para el invento "Mejoras en la identificación de vehículos y su consiguiente protección" son las contenidas en las contenidas en la Decisión 85 de la Comision del Acuerdo de Cartagena como lo sostiene la Superintendencia de Industria y Comercio o, como lo plantea el actor, lo es el Acuerdo Bolivariano de 1911.

Conviene señalar, en primer término, que el artículo XXVIII del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena establece para este organismo la facultad de interpretar prejudicialmente las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo, con el fin de asegurar la aplicación uniforme en los países miembros.

Cierto es, también, que conforme al artículo XXX del mencionado Tratado, el Tribunal en su interpretación, deberá limitarse a precisar el contenido y alcances de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo y le está vedado interpretar el mismo contenido y alcances del derecho nacional.

Si el Acuerdo sobre Patentes y Privilegios de Invención, suscrito por Colombia el 18 de julio de 1911 fue aprobado mediante Ley 18 de 1913 (octubre 14), es una norma que, sin entrar en este momento en el análisis de su jerarquía o de su vigencia, entró a formar parte integrante de nuestro derecho interno.

Como corolario de lo anterior se tiene que no predicándose por parte del actor violación de ninguna de las normas de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no es procedente formular el pedimento solicitado a ese alto Tribunal, pues como quedó arriba consignado, no es de su resorte pronunciarse sobre las normas que integran nuestro derecho interno, ni mucho menos someter a su consideración la preponderancia de la mencionada Decisión 85 frente al Acuerdo Bolivariano de 1911.

La decisión sobre el aspecto planteado es, por consiguiente, de la exclusiva competencia de esta Corporación, llegado el correspondiente momento procesal.

En mérito de lo expuesto el Despacho

DECIDE:

NIEGASE la adición del auto del 6 de febrero de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROYECTO DE ORDENANZA - Objeciones/ **GOBERNADOR** - Facultades/ **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL** - Facultades

Conforme con lo dispuesto en el artículo 35, literal b) de la Ley 3a./86, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificadas en este estatuto. Las disposiciones contenidas en la Ley 47/45 no fueron codificadas en el Decreto Ley 1222/86; por consiguiente, no era aplicable, por inexistencia, el artículo 6° de la Ley 47/45, para con fundamento en ella, proceder el Presidente de la Asamblea Departamental a sancionar el proyecto de ordenanza por haber transcurrido las 24 horas mencionadas en dicha norma.

CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Ordenanza No. 002 de 15 de octubre de 1990, por medio de la cual se deroga en todas sus partes la Ordenanza 02 de octubre 3 de 1989 y se dictan otras disposiciones, emanada de la Asamblea Departamental del Quindío.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1675. Recurso de apelación contra la providencia de 19 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío, dentro del juicio de nulidad de la Ordenanza No. 02 de 15 de octubre de 1990 de la Asamblea Departamental. Actor: Saúl Giraldo García.

Se decide de plano, como lo ordena la ley, el recurso de apelación interpuesto oportunamente por GLORIA AMPARO TABORDA RAIGOSA, quien

solicitó que se le tuviera como parte impugnadora de la acción de nulidad promovida por el actor, contra la providencia de 19 de diciembre de 1990, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo del Quindío al admitir la demanda, decretó la suspensión provisional de la Ordenanza de octubre 15 de 1990, por medio de la cual se deroga en todas sus partes la Ordenanza No. 02 de octubre 3 de 1989 y se dictan otras disposiciones, emanada de Asamblea Departamental del Quindío.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

Sostiene el *a-quo* que los artículos 194, numeral 7°, de la Constitución Política y 94 numeral 7°, del Decreto Ley 1222 de 1986 (código de régimen departamental), dispone como atribución de los Gobernadores, la de objetar por diferentes motivos los proyectos de Ordenanza y sancionar y promulgar la misma en forma legal; que el artículo 3° de la Ley 3a. de 1986 y el 80 del Decreto Ley 1222 de 1986, consagran el trámite a seguir cuando el Gobernador objeta el proyecto de Ordenanza por considerarlo ilegal o inconstitucional y la Asamblea Departamental insiste en él, trámite que debe seguirse ante el Tribunal Administrativo del respectivo Departamento; y, que en razón de que tales normas no señalan el plazo que tiene el Gobernador para enviar el proyecto objetado al Tribunal, debe considerarse un término prudencial, y no el de 24 horas que señala la Asamblea con fundamento en la Ley 47 de 1945.

Que, en consecuencia, la Presidencia de la Asamblea Departamental del Quindío, al proferir (sic) la actuación acusada, desacató el trámite estipulado por la ley para el caso de insistencia respecto del proyecto objetado por el Gobernador por razones de ilegalidad o inconstitucionalidad, evento en el que dicho proyecto debe pasar al Tribunal Administrativo, para resolver sobre su exequibilidad. Que, como no se establece en norma alguna el término o plazo de que dispone el Ejecutivo Departamental para enviar el proyecto objetado, considera la Sala que debe tenerse por tal un término prudencial que, por analogía, no exceda el de diez días consagrado para los Acuerdos (Art. 114 del Decreto Ley 1333 de 1986).

Que en cuanto a la Ley 47 de 1945, en el supuesto de que ella se encuentre vigente, se tiene que el trámite previsto en la misma, sólo se aplica en caso de objeción a la ordenanza de presupuesto, por violación de los artículos 4° y 5° de dicha ley. Se trata, pues, de una norma específica, no extensiva a los demás proyectos de ordenanza,

Encontrando, entonces, quebrantados los artículos 31 de la Ley 3a. de 1986 y 80 del Decreto 1222 del mismo año, decreta la medida precautelativa.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los fundamentos expuestos por la parte impugnadora para solicitar la revocatoria de la decisión de suspensión provisional, son, en síntesis, los siguientes:

1o. Según el artículo 187, numeral 8°, de la Constitución, es de la competencia de la Duma Departamental el organizar la Contraloría en su aspecto administrativo y presupuestal; por tanto, ninguna norma de carácter constitucional y legal se encuentra violada, que amerite el decreto de suspensión provisional.

El Consejo de Estado, en sentencia de marzo 14 de 1972 y providencia de mayo 12 de 1969, sección primera, ha expresado que corresponde a las Asambleas, por disposición de la Carta, organizarlas y elegir al contralor, y ninguno de sus textos confiere facultades a los gobernadores para crearlas, organizarlas y proveer la reglamentación adecuada, ni esa facultad existe de manera implícita en las disposiciones constitucionales y legales.

2o. El artículo 6° de la Ley 47 de 1945 sí está codificado, y en consecuencia se encuentra vigente, y es aplicable por analogía a la Ordenanza que fue motivo de la demanda, por tratarse de un acto administrativo sobre presupuesto de la Contraloría Departamental.

3o. El demandante no dio cumplimiento al artículo 139, inciso 3°, del C.C.A. en relación con la autenticación de las fotocopias que se anexaron a la demanda, razón por la cual ni debió haberse admitido la demanda, ni mucho menos decretarse la suspensión provisional solicitada.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

1. Se trata de un proceso contencioso administrativo ordinario de dos instancias, razón por la cual procedía la interposición del recurso de apelación y la Sala es competente para conocer del mismo.

2. La Asamblea Departamental del Quindío aprobó en los tres debates reglamentarios, el proyecto de Ordenanza "Por medio de la cual se deroga en todas sus partes la Ordenanza No. 02 de octubre 3 de 1989 y se dictan otras disposiciones", razón por la que fue remitido a la Gobernación del Quindío para su sanción u objeción respectiva.

Por medio de oficio 252 de octubre 22 de 1990, dentro del término legal, el señor Gobernador del Departamento objetó el susodicho proyecto, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad e inconveniencia, oficio que fue recibido por la Secretaría Auxiliar de la Asamblea en la misma fecha, a las 5:30 p.m.

El 23 de octubre del mismo año, en las Sesiones ordinarias de la Asamblea Departamental, fue aprobada la "Proposición número 01" de la misma fecha, "Por medio de la cual, se declaran infundadas las objeciones que el señor Gobernador del Departamento hizo a la Ordenanza", por la cual se derogó en todas sus partes la Ordenanza 02 de 1989 y se dictan otras disposiciones.

Con oficio del día siguiente, el secretario general de la Asamblea remitió al señor Gobernador del Departamento nuevamente el proyecto de ordenanza aludido, con copia de la proposición que declaró infundadas las objeciones, insistiendo en la sanción del proyecto, oficio que fue recibido en la misma fecha a las 10:55 de la mañana.

Cuando el señor Gobernador se disponía a dar cumplimiento al artículo 80 del Decreto Ley 1222 de 1986, remitiendo el proyecto de Ordenanza, el escrito de objeciones a la misma y la proposición por medio de la cual la Asamblea declaró infundadas las mismas, se recibió en el Despacho de aquél el oficio fechado el 25 de octubre de 1990, proveniente de la Asamblea Departamental, mediante el cual se ponía en su conocimiento el auto de la misma fecha "Por medio del cual la Presidencia de la honorable Asamblea Departamental sanciona en su integridad la Ordenanza" objeto de la controversia, decisión que se fundamentó en el artículo 6° de la Ley 47 de 1945.

El 30 de octubre de 1990 el señor Gobernador del Departamento presenta al Tribunal Administrativo del Quindío, el proyecto de Ordenanza objetado y sus anexos, para obtener así el pronunciamiento definitivo sobre su exequibilidad.

3. Como se ha visto, el *a-quo* suspendió el acto acusado por considerar que el artículo 6° de la Ley 47 de 1945, en cuanto establece que los proyectos de Ordenanza relativos a la formación de los presupuestos departamentales, objetados por los Gobernadores por violación de los preceptos consagrados en ella, pasarán, en el término de 24 horas, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que esta entidad, dentro de cuatro días improrrogables, decida sobre su legalidad, aun en el supuesto de encontrarse vigente, sólo se aplica a los proyectos de ordenanza relativos a presupuestos, y no es extensivo a los demás proyectos, como el que ocupa la atención de la Sala, que tiene relación con la organización de la Contraloría Departamental, en sus aspectos administrativo y presupuestal, y que, en consecuencia, el señor Gobernador tenía un plazo prudencial para proceder a ello en el presente caso, y no el de las 24 horas a que se refería la Ley 47 de 1945.

4. Para la Sala el recurso de apelación interpuesto no está llamado a prosperar, y, como consecuencia, deberá confirmarse la suspensión provisional decretada por el *a-quo*, por las siguientes razones:

a) No se le ha desconocido a la Asamblea Departamental del Quindío, como lo parece dar a entender la recurrente, la competencia o la facultad para organizar la Contraloría y elegir al Contralor. Se trata, simplemente, del ejercicio, por parte del señor Gobernador del Departamento, del denominado "control de tutela" que ejerce a través de dicho funcionario el poder central sobre el ente territorial, conforme a la Constitución (art. 194-7) y a la ley (art. 94-7 del Decreto Ley 1222 de 1986), que le permite objetar los proyectos de ordenanza por razones de juridicidad o conveniencia, y si no le son aceptadas por la Asamblea e insiste en la objeción fundada ya sólo en razones de constitucionalidad o legalidad, disponer

que se decida el asunto por el Tribunal Administrativo del respectivo Departamento.

b) Por la Ley 3a. de 1986 se revistió el Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de cien días contados a partir de su promulgación, para... "b) Codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y el funcionamiento de la administración departamental", y en desarrollo de esas facultades, se expidió el Decreto Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), por cuyo artículo 339 -declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia- se dispuso: "Conforme a lo dispuesto en el artículo 35, literal b), de la Ley 3a. de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental *no codificadas en este estatuto*" (subrayado fuera del texto).

Las disposiciones contenidas en la Ley 47 de 1945 no fueron codificadas en el Decreto Ley 1222 de 1986; en éste se reitera la facultad de los Gobernadores para objetar por motivos de inconveniencia, ilegalidad o inconstitucionalidad los proyectos de Ordenanza aprobados por las Asambleas (art. 77), el término para ello -cuatro días cuando el proyecto no conste de más de 20 artículos, seis días cuando contenga de 21 a 50 artículos y hasta de diez cuando contenga más de 50 artículos- (art. 78), y se dispone que si las objeciones fueren por ilegalidad o inconstitucionalidad y la Asamblea insistiere, el proyecto pasará al Tribunal Administrativo para que decida definitivamente sobre su inexequibilidad, con observancia del trámite que allí mismo se prevé (art. 80), pero sin que precise el término de que dispone el Gobernador para remitir el proyecto objetado al Tribunal, que, como lo dice el *a-quo*, deberá ser uno prudencial, si es que no se aplica por analogía la disposición existente en el Decreto Ley 1333 de 1986 (art. 114).

Por consiguiente, no era aplicable, por inexistente, el art. 6° de la Ley 47 de 1945, para, con fundamento en ella, proceder el Presidente de la Asamblea Departamental a sancionar el proyecto de Ordenanza por haber transcurrido las 24 horas mencionadas en dicha norma.

En síntesis, el quebrantamiento de las disposiciones contenidas en los artículos 31 de la Ley 3a. de 1986 y 80 del Decreto Ley 1222 de 1986, que le otorgan a los Tribunales Administrativos la competencia para decidir sobre las objeciones presentadas a los proyectos de ordenanza por razones de constitucionalidad o ilegalidad, es ostensible, claro, *prima facie*, y, en razón de ello, la suspensión provisional decretada deberá ser confirmada.

c) Finalmente, la Sala observa que los documentos acompañados a la demanda como anexos están debidamente autenticados por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación, y por ello no sólo podía admitirse la demanda, sino igualmente adoptarse una decisión sobre la petición de suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMASE la providencia de 19 de diciembre de 1990, en cuanto por ella el Tribunal Administrativo del Quindío suspendió provisionalmente la Ordenanza No. 002 de octubre 15 de 1990, expedida por la Asamblea del Departamento del Quindío, "por la cual se deroga en todas sus partes la Ordenanza 02 de octubre 3 de 1989 y se dictan otras disposiciones", emanada de la misma Asamblea.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia/ **DEMANDA** - Interpretación

El actor expresa que ejercita "la acción pública que consagra los artículos 84 y 85 del C.C.A.", lo que conduciría a una acumulación indebida de pretensiones. Empero, como lo cierto es que el accionante no solicita en su libelo restablecimiento alguno de los derechos de sus poderdantes y de otra parte, se está en presencia de un acto de carácter general, debe concluirse que la acción que se instauró, no obstante la mención que se hace del artículo 85 del C.C.A., es la de simple nulidad.

LIBRETA MILITAR/ SERVICIO MILITAR

La Tarjeta o Libreta Militar de reservista que expida la autoridad militar, no cobija a las mujeres, a quienes, por lo mismo, no se les exige la presentación de tal documento de identificación para realizar o suscribir determinados actos, ni tiene objeto alguno que se les expida, así reciban, simultáneamente con la educación académica, instrucción militar en colegios o academias militares autorizadas para impartirla.

DEMANDA - Interpretación/ **PERSONAS DE DERECHO PUBLICO** - Representación/ **PARTES** - Designación

En la demanda se olvida señalar como parte demandada a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, por lo cual se incumplió con uno de los requisitos que establece la ley, lo que debió llevar al ponente a inadmitirla, cosa que no se hizo. Sin embargo para la Sala no hay duda de quién es la parte demandada y su representante, a quien se tuvo por tal, interpretando la demanda, o sea, a la Nación, representada por el Ministerio de Defensa Nacional, se le ordenó comparecer al proceso

mediante la notifiación del auto admisorio de la demanda, e intervino en juicio contestándola, oponiéndose a las pretensiones y alegando de conclusión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1047, Nulidad de la Disposición No. 019 de julio 2 de 1987 del Comando General de las Fuerzas Militares. Actor: Edna Margarita Rueda Cárdenas y otras.

Las señoritas EDNA MARGARITA RUEDA CARDENAS, MARISOL CORINA HIGUERA QUIROGA, MARIA CRISTINA JIMENEZ SANTOS, ELSA MARGARITA PARDO COTRINO, JULIETH GUTIERREZ ROMERO y LUZ MARINA MARTINEZ MATEUS, mayores de edad y vecinas de Bogotá, confirieron poder especial al abogado ROBERTO QUINTERO GARCIA, para que en su nombre y representación, solicitara la nulidad de la Resolución No. 019 del 2 de julio de 1987, por medio de la cual el Comando General de las Fuerzas Militares aprobó el "Reglamento de Funcionamiento de Colegios Militares", en cuanto en su numeral 36 del capítulo 4°, Cuarta Parte, Instrucción Militar, parte final del literal l, se estableció que "NO SE EXPEDIRA LIBRETA MILITAR A PERSONAL FEMENINO".

I. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda***

El abogado Roberto Quintero García, quien manifiesta obrar en razón al poder conferido y en su calidad de abogado... "en ejercicio de la acción pública que consagra los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo (sic)...", demandó ante esta Corporación la nulidad del aparte de la Disposición precitada.

b. ***Los hechos de la demanda***

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Que las poderdantes son estudiantes del colegio militar "ANTONIO RICAURTE", que confiere a sus alumnos el título de Bachilleres Militares, previo el cumplimiento académico y la instrucción militar.

2. Que las mismas personas iniciaron sus estudios y su instrucción militar desde el tercer año de bachillerato, hasta el año de presentación de la demanda -1988-, en que están cursando el sexto año de bachillerato.

3. Que en el año de 1979, el señor Mayor-General, Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, conceptuó favorablemente al otorgamiento de grados de reserva al personal femenino que estudiare en los colegios militares.

4. Que, de igual manera, en el año de 1987 el segundo Comandante del Ejército, dio concepto favorable para que el personal femenino de dichos colegios use uniforme militar, reciba instrucción militar y, por lo tanto se le otorgue libreta militar.

5. Que mediante la disposición acusada se determinó que "No se expedirá libreta militar al personal femenino".

c. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación***

La parte actora considera que, con la expedición del acto acusado, se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

1. Los artículos 30 y 167 de la Constitución Política, en razón al derecho adquirido que tiene el personal femenino que en calidad de alumno cumpla con el servicio militar en academia y colegios militares, para que se le expida la libreta militar en calidad de reservista de primera clase, el cual se encuentra consagrado en los conceptos dados en 1979 y 1987 por el señor Secretario General del Ministerio de Defensa y el segundo comandante del Ejército, respectivamente, y, en consideración a que, según el artículo 167 precitado, la ley puede establecer una milicia nacional, que fue lo que precisamente reglamentó la Ley 1a. de 1945, sin hacer distinción entre hombres y mujeres.

2. Los artículos 20, 21, 27, 29 y 50 de la Ley 1a. de 1945, por cuanto ellas en momento alguno prohiben que el personal femenino que cumpla con los requisitos exigidos por las academias militares le sea expedida la libreta militar, y, de otro lado, al determinar la ley que la obligación de prestar el servicio militar es general para todos los ciudadanos, no está excluyendo a las mujeres que presten servicio militar en las academias militares.

3. *Violación de los artículos 35, 36, 37, 38 y 195 del Decreto Ley 89 de 1984*, que se refieren al escalafonamiento de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, inclusive de personal femenino para los servicios relacionados con el derecho, la medicina, la tecnología, etc., y a las *personas* que integran la reserva militar, expresión ésta que comprende a ambos sexos sin distingo alguno.

d. ***Las razones de la defensa***

El Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda y alegó de conclusión, oponiéndose a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos:

En desarrollo del articulo 166 de la Carta se expidió la Ley 1a. de 1945, que regula todo lo concerniente al servicio militar obligatorio y reitera la obliga-

ción que tiene todo varón colombiano de prestarlo y, como consecuencia de ello, el derecho a obtener la libreta militar de reservista, que es el documento que demuestra que ese varón colombiano definió su situación militar.

Si "en gracia de discusión, se le ha permitido a la mujer que voluntariamente quiera, recibir instrucción militar, y está facultada por la ley, a través de reglamentos para los colegios militares, dictando normas sobre organización, disciplina, instrucción militar, uniformes, todo esto previa autorización del Ministerio de Defensa, con el fin de incrementar las reservas de primera clase y habilitar personal para el ingreso a las escuelas de formación militar y como bien lo aclara el Reglamento de Funcionamiento de Colegios Militares los Cadetes hombres que cursen instrucción militar, tienen derecho a la expedición de la Tarjeta de reservista de primera clase si se titulan como bachilleres; por consiguiente no se expide libreta militar al personal femenino, pues como lo dijimos anteriormente su ingreso a estos colegios es voluntario, la mujer no tiene la obligación de prestar este servicio, pues no debe definir su situación militar, y esto es así, pues ella puede otorgar instrumentos públicos y privados ante cualquier notario, posesionarse de empleos públicos y privados, servir de perito o fiador en asuntos judiciales o civiles, obtener pases para conducir, obtener la correspondiente visa o pasaporte para salir del país, registrar su título profesional y ejercer la profesión, etc...", sin necesidad de acreditar la libreta militar.

Situación diferente es la de aquellas mujeres que desean ingresar a las escuelas de formación militar como en el caso de las Fuerzas Militares, donde ingresan como oficiales del cuerpo administrativo, como técnicos profesionales o tecnólogos especializados.

II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita se nieguen las súplicas de la demanda, por considerar que no se ha quebrantado ninguna de las disposiciones constitucionales y legales invocadas en el libelo de demanda, ya que de ellas surge que sólo tienen la obligación de prestar el servicio militar los varones colombianos y, prestado en los términos de ley y de los reglamentos, se les expide la correspondiente libreta militar, exigida como documento para poder otorgar ciertos documentos públicos.

III. LA DECISION

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que corresponda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

1a. Ante las fallas que presenta la demanda, debe la Sala, en primer lugar, hacer un pronunciamiento sobre ellas, a fin de establecer si procede o no el análisis de fondo del asunto planteado en el proceso.

Al respecto, son tres las fallas de la demanda que observa la Sala:

a) En primer lugar, en la demanda se olvida señalar como parte demandada a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, por lo cual se incumplió con uno de los requisitos que establece el artículo 137 del C.C.A., que debió llevar al ponente de ese entonces a inadmitirla, cosa que no hizo.

Sobre este aspecto, la Sala ya se pronunció en casos similares al actual en donde se expresó:

> "...no considera la Sala que los requisitos de la demanda deban ser objeto de una interpretación tan estricta desde el punto de vista formal, que la omisión literal de cualquiera de ellos, ...deba llevar necesariamente a la configuración de una ineptitud sustantiva de la demanda y al consecuente rechazo o a la declaratoria de inhibición cuando de pronunciar el fallo se trata.
>
> "Es cierto que para evitar toda posibilidad de duda, el Tribunal, al conocer de la demanda, había podido solicitar su corrección en virtud de lo previsto en el inciso segundo del art. 143 del C.C.A., o aún haber explicado su interpretación de la misma en relación con este requisito.
>
> "Pero el hecho de que así no haya sucedido no tiene porqué llevar necesariamente a un fallo inhibitorio, si formal y procesalmente no existe un obstáculo infranqueable para que el juzgador pueda entrar al fondo del asunto, como no lo existe en el presente caso, por varias razones:
>
> "De una parte, la misma ley y los principios básicos del derecho administrativo, permiten sin duda alguna identificar la parte demandada y su representante, cuando de demanda de nulidad de un acto administrativo se trata.
>
> "En efecto, de conformidad con el primer inciso del art. 150 del C.C.A., 'las entidades públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas *o contra los actos que expidan*. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes éstos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones' (Subraya la Sala)". (Sentencias de 11 y 26 de octubre de 1990, expedientes 1051, actor: Fabio Bonilla Fernández, y 769. Actor: Irma González Rodríguez y otras).

Pero además, para la Sala, no hay duda alguna de quien es la parte demandada y su representante, a quien se tuvo por tal, interpretando la demanda, o sea,

a la Nación, representada por el Ministerio de Defensa Nacional, se le ordenó comparecer al proceso mediante la notificación del auto admisorio de la demanda (providencia de noviembre 17 de 1988), diligencia que se surtió el día 6 de abril de 1989, e intervino en el juicio contestándola, oponiéndose a las pretensiones y alegando de conclusión, es decir, sin que se le desconociera su derecho de defensa y el del debido proceso.

En consecuencia, en cuanto hace relación a este aspecto, no hay lugar ni a poner en conocimiento de la parte demandada la existencia de una supuesta causal de nulidad procesal, ni a hacer un pronunciamiento inhibitorio por inepta demanda.

b) En segundo lugar, el profesional del derecho que promovió la demanda no afirmó expresamente que actuaba en nombre de las personas que le confirieron el mandato para promover la acción, pero ello se deduce de la manifestación que hace de actuar "en razón del poder conferido", y de los hechos cuando se refiere a sus "poderdantes", razones por las cuales tampoco se puede llegar a una decisión inhibitoria por inepta demanda resultante de la falta de señalamiento de la parte actora.

c) En tercer lugar, el demandante, con evidente falta de técnica, expresa que ejercita "la acción pública que consagra (sic) los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo", lo que conduciría a una acumulación indebida de pretensiones -acumulación indebida de acciones, dicen algunos- que le impedirían a la Sala entrar en un pronunciamiento de fondo, no obstante el poder de interpretación del juez sobre la demanda.

Empero, como lo cierto es que el accionante no solicita en su libelo restablecimiento alguno de los derechos de sus poderdantes y de otra parte se está en presencia de un acto administrativo de carácter general, impersonal o abstracto, debe concluirse que la acción que se instauró, no obstante la mención que se hace del artículo 85 del C.C.A., es la simple nulidad, de la cual es titular cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que procura el restablecimiento del orden jurídico, pues, por lo demás, como ya lo dijo esta Corporación "El error en la cita de un artículo no hace perder a la demanda sus perfiles jurídicos ni la unidad de sus planteamientos; tampoco se puede afirmar o sugerir que hay acumulación de acciones, porque este fenómeno no depende de la acertada o errónea enunciación de las normas legales que las consagran, sino de la naturaleza, contenido y fines de la demanda y, específicamente, de los actos esenciales de postulación, tales como las súplicas del libelo y los hechos generadores del derecho" (Sentencia de julio 16 de 1959 de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta A., actor: Julio Rodas, Tomo LXI-Bis, pág. 123).

Es que, por otra parte, el artículo 137 del C.C.A. no establece, en parte alguna, que el accionante indique o precise cuál es la norma o disposición del estatuto procesal contencioso que consagra la acción que se ejercita, para que, en esa forma, la demanda sea atendible por el juez y se pueda dar un pronunciamiento sobre el fondo de la acción.

De modo que, aún existiendo en el caso *sub-lite* un error de técnica procesal al indicar los artículos 84 y 85 del C.C.A., la Sala no puede por ello declararse inhibida, y, en consecuencia, entrará a decidir sobre las pretensiones de la parte actora.

2a. ***El quebrantamiento de los artículos 30 y 167 de la Constitución.***

La Sala no encuentra que, con la expedición del acto acusado, se haya quebrantado el artículo 30 de la Carta que garantiza los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, si se tiene en cuenta que ninguna disposición constitucional o legal le ha reconocido al personal femenino que reciba, además de la formación académica, instrucción militar en los colegios o academias militares el derecho que se les expida libreta militar en calidad de reservista de primera clase. Los conceptos dados en 1979 y en 1987 por el señor Secretario General del Ministerio de Defensa y por el segundo Comandante del Ejército, respectivamente, no son ley civil consagratoria de derecho alguno para dichas personas, y, además, como lo observa el señor Fiscal, los susodichos conceptos se refieren a la posibilidad de que al personal femenino se les otorgue grados de reserva, a que pueden usar uniforme militar, y reciban instrucción militar en los citados establecimientos. En ellos no se dice nada del derecho de expedirles libreta militar.

Tampoco encuentra la Sala que de manera directa se haya violado el artículo 167 de la Constitución, que defiere a la ley el establecimiento de una milicia nacional.

3a. ***El quebrantamiento de los artículos 20, 21, 27, 29 y 50 de la Ley 1a. de 1945.***

La Ley 1a. de 1945, sobre "Servicio Militar obligatorio", establece en su artículo 3° que "*Todo varón* colombiano cuya edad se halle comprendida entre los 20 y los 50 años, está obligado a prestar el servicio militar en el Ejército", y de acuerdo a ello, enseguida se refiere en términos concretos al sexo masculino en artículos subsiguientes al hablar del "soldado", de los "varones colombianos declarados aptos...", de "ningún varón declarado apto...", de "todo varón colombiano...", de todo lo cual resulta que la obligación de prestar el servicio militar, servicio que se acredita para todos los efectos legales, como por ejemplo otorgar instrumentos públicos ante Notario, tomar posesión de empleo público o del sector privado, servir de perito o fiador en asuntos judiciales o civiles, obtener o refrendar pases o licencias para conducir vehículos, registrar títulos profesionales y ejercer la profesión, celebrar contratos con cualquier entidad pública, ingresar a la carrera administrativa art. 6° de la ley citada), con la respectiva Tarjeta o Libreta Militar de reservista que expida la autoridad militar, no cobija a las mujeres, a quienes, por lo mismo, no se les exige la presentación de tal documento de identificación para realizar o suscribir los mencionados actos, ni tiene objeto alguno que se les expida, así reciban, simultáneamente con la educación académica, instrucción militar en colegios o academias militares autori-

zadas para impartirla por el Ministerio de Defensa Nacional, conforme al "Reglamento de Funcionamiento" de ellos expedidos por la autoridad competente.

Por consiguiente, no aparece que se hubiere quebrantado, con la expedición del acto acusado, ni el artículo 20 de la Ley 1a. de 1945 que al señalar quiénes están exentos, en todo tiempo, de prestar el servicio militar y pagar la cuota de compensación militar, no incluye a las mujeres, ni el artículo 21 *ibídem* que señala otros casos de excepción, también sin incluir a las mujeres, ni el artículo 27 de la misma ley que define quiénes son reservistas de las Fuerzas Militares, sin incluir tampoco a las mujeres, ni el 29 *ibídem* que clasifica como reservistas de primera clase a los alumnos de las academias militares, ni, finalmente, el artículo 50 de la ley indicada, que preceptúa que "La obligación del servicio militar es general para todos los ciudadanos" -dentro de los cuales según el demandante debe incluirse a las mujeres -ciudadanas-, a las cuales, como es apenas obvio no podía referirse la ley ya que ella parte del supuesto o premisa de que el servicio militar obligatorio es exclusivamente para el "*varón colombiano*", servicio que, como se ha dicho, se acredita con la respectiva Libreta o tarjeta militar y que permite, por otra parte, la celebración o realización de determinados actos jurídicos, lo cual no se extiende a la mujer.

4a. ***El quebrantamiento de los artículos 35, 36, 37, 38 y 195 del Decreto-Ley 89 de 1984*** (Estatuto de Carrera de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares), vigente en 1988.

Finalmente, tampoco se encuentra la violación de las disposiciones legales precitadas, que permiten el escalafonamiento de personal femenino en el respectivo escalafón de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, cuando se trate de profesionales en las distintas ramas de la ciencia (Medicina, Derecho, Economía, Odontología, etc.) o de tecnólogos-especialistas, pues una cosa es que las mujeres, hoy en día, puedan ingresar a las Fuerzas Militares, ser escalafonadas en el escalafón administrativo o del ramo de los servicios logísticos, y ascender dentro del respectivo escalafón, y, otra muy diferente, que se haya establecido en disposición alguna que aquéllas tengan derecho a que se les expida Libreta o Tarjeta Militar, cuando quiera que demuestren que han recibido instrucción militar de Colegios Militares, autorizados para impartirla simultáneamente a quienes reciben formación académica.

Por lo expuesto, la Sala encuentra que no están llamados a prosperar los cargos formulados contra la disposición acusada, y, como consecuencia, habrá de negarse las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por EDNA MARGARITA RUEDA CARDENAS y las demás accionantes.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

EJERCICIO DE PROFESIONES/ POTESTAD REGLAMENTARIA/ TERAPIA OCUPACIONAL

El Decreto Reglamentario debe estar contenido, implícitamente, dentro de la Ley Reglamentada. No encuentra la Sala que se haya legislado por el Ejecutivo sobre la profesión de terapeuta, tecnólogo o técnico profesional en terapia ocupacional, o que se haya excedido el mismo en el ejercicio de su poder reglamentario, por cuanto que esas profesiones se deben ejercer en coordinación -que no sujeción- con profesional médico competente que indique la necesidad de adelantar, respecto de determinada persona enferma, el tratamiento y rehabilitación del paciente. No ocurre lo mismo cuando la norma obliga al técnico profesional en Terapia Ocupacional a realizar las demás actividades auxiliares o instrumentales concretas, pues allí no existirá la "cordinación" entre una actividad y otra, sino la sumisión o sujeción de un técnico profesional universitario, que la ley en parte alguna ha previsto.

DECLARA LA NULIDAD del literal i) del artículo 6° del D.R. 1884/88 del Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1140. Acción de nulidad contra los artículos 1°, 3°, 5°, 6° y 9° del Decreto Reglamentario 1884 de 1988, expedido por el señor Presidente de la República. Actor: Cristian Díaz Jaurégui.

El señor CRISTIAN DIAZ JAUREGUI, obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación se declare la nulidad de los siguientes artículos del Decreto Reglamentario 1884 de 1988, expedido por el señor Presidente de la República.

a) *Artículo primero,* inciso segundo, en cuanto dispone: "la atención ocupacional de estas enfermedades se desarrollará en coordinación con profesional médico competente".

b) *Artículo tercero,* en la frase: "...en las condiciones que se establecen en los artículos siguientes: ...",

c) *Artículo quinto,* numeral (sic) K, cuyo tenor es: "K. Las demás que le indique el terapeuta ocupacional".

d) *Artículo sexto,* numeral (sic) i), que dice: "i). Las demás que le sean impuestas por el Terapista ocupacional".

e) *Artículo noveno,* inciso primero, en la parte que se subraya de la frase: "*Sólo* podrán anunciarse como Terapistas Ocupacionales *y prestar liberalmente sus servicios* quienes ostenten título universitario".

f) *Artículo noveno,* inciso segundo, en la frase que reza: "...y con funciones delegadas bajo la supervisión del Terapista Ocupacional, con título universitario desarrollando las actividades establecidas".

I. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA ACCION

Considera el demandante que, con la expedición de los artículos demandados del decreto reglamentario, se han quebrantado los artículos 39, 41 y 120-3 de la Constitución Política, la Ley 31 de 1982 que se reglamenta, y los artículos 26 a 37 del Decreto Ley 80 de 1980, por cuanto:

1o. Según el artículo 39 de la Carta, corresponde a la ley exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, y no al Presidente de la República en ejercicio de la atribución 3a. del artículo 120 de la Constitución.

2o. Las normas acusadas condicionan y limitan el ejercicio de la Terapia Ocupacional al señalar que esa actividad "...se desarrollará en coordinación con profesional médico competente"; al establecer similar exigencia respecto al Tecnólogo en Terapia Ocupacional en relación al Terapista Ocupacional; al señalar que sólo podrán prestar liberalmente sus servicios los Terapistas Ocupacionales con título universitario, prohibiéndoles a los tecnólogos y técnicos profesionales la posibilidad de ejercer su profesión liberalmente; y, condicionar y subordinar el ejercicio profesional de los tecnólogos y los técnicos profesionales en terapia ocupacional, al exigirles que para su desempeño deberán estar supervisados por el terapista ocupacional, y todo ello constituye una limitación para el ejercicio de

la terapia ocupacional que no están contenidas ni en la ley que se reglamenta, la Ley 31 de 1932, ni en el Decreto 80 de 1980, que reglamentó las modalidades de la educación superior. Por todo ello, hay indebido ejercicio de la potestad reglamentaria.

II. LA ACTUACION

En el auto admisorio de la demanda se denegó el decreto de suspensión provisional solicitado por la parte actora, por no encontrar la Sala, *prima facie*, el quebrantamiento de la norma superior de derecho invocada.

La Nación -Ministerio de Salud Pública-, no obstante haber sido notificada de la demanda, ni la contestó, ni solicitó que se le tuviera como parte, ni solicitó la práctica de pruebas, ni alegó de conclusión. El actor dentro del término de traslado a las partes, alegó de conclusión insistiendo en sus planteamientos iniciales.

III. EL CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, por considerar que no se dio, con la expedición de los actos acusados, un ejercicio indebido de la facultad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República, pues, de un lado la Educación Superior tiene el carácter de servicio público y cumple una función social, bien sea prestado por el Estado o por particulares autorizados por éste, haciéndose indispensable, entonces, que la Terapia Ocupacional sea atendida por profesionales, técnicos o tecnólogos en la materia en "coordinación con profesional médico competente", o en el caso de los dos últimos con funciones delegadas bajo la supervisión de Terapista Ocupacional, por tratarse de una "Modalidad sistematizada de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales o sociales", y, por cuanto de otro lado, los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar, y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si, en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación opera inmediatamente la potestad para proveer a la *regulación* de esos detalles. No se justifica que el decreto se limitara a repetir la norma reglamentada so pretexto de no pisar los linderos de la limitación constitucional a la facultad reglamentaria.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Por la Ley 31 de 1982 se "regula la profesión de Terapia Ocupacional y se dictan otras disposiciones", disponiéndose en su artículo primero que la "terapia ocupacional" es una modalidad sistematizada de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas enfermedades físicas, mentales y sociales", comprendida "dentro del sistema de educación superior en las modalidades educativas de: a) Formación Intermedia Profesional; b) Formación Tecnológica; c) Formación Universitaria; d) Formación avanzada de postgrado" (art. 2 *ib.*), y que, a partir de la vigencia de la misma podrán ejercer la Terapia Ocupacional en el territorio de la República quienes: 1. Hayan adquirido título en Terapia Ocupacional en las modalidades de: a) Técnico Profesional intermedio; b)Tecnólogo; c) Título universitario; d) Formación de postgrado, en centros de educación reconocidos por el Estado y que funcionen legalmente en el país. 2. Los colombianos o extranjeros que hayan adquirido título en Terapia Ocupacional expedidos por escuelas o facultades, en países en los cuales (sic) haya celebrado Colombia contratos o convenios sobre reciprocidad de títulos y en los términos de los respectivos tratados o convenios (art. 4° *ib.*), y, los que no poseyendo título profesional, dentro del término de un año contado a partir de la vigencia de la ley, validen sus conocimientos en una institución autorizada por el ICFES (art. 8°).

Como se ve, nada se expresa en la ley sobre que la atención ocupacional de las enfermedades físicas, mentales o sociales, se desarrolle por los Terapeutas Ocupacionales, con título universitario o con validación realizada dentro del término de ley, o por los tecnólogos en Terapia Ocupacional, graduados y con título, o por los técnicos profesionales intermedios en ella, en todos los casos, "en coordinación con profesional médico competente", como se dispone en el inciso segundo del artículo primero acusado, y en los dos últimos -tecnólogos y técnicos- de acuerdo con las indicaciones de terapeuta ocupacional y con funciones delegadas bajo la supervisión del mismo (art. 5° literal k), art. 6° literal i) y art. 9°, inciso segundo).

Por ello, en primer lugar, se hace indispensable dilucidar si, en ejercicio de su poder reglamentario, podía el señor Presidente de la República establecer esas condiciones y limitaciones al ejercicio de la profesión de Terapeuta, tecnólogo y técnico profesional que no constan ni en la ley desarrollada, ni en la ley que reglamenta la educación superior en el país.

Para la Sala es claro, como lo sostiene el señor Fiscal, que el ejecutivo en ejercicio del poder reglamentario que le otorga el ordenamiento constitucional, no puede limitarse a reproducir en el decreto reglamentario las normas reglamentadas y que, siempre que se requiera consagrar disposiciones para el debido cumplimiento del estatuto a desarrollar, debe proceder a la regulación de esos detalles, pero sin llegar hasta el extremo de ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque

ello no sería *reglamentar,* sino legislar. El decreto reglamentario, se ha dicho, debe estar contenido, *implícitamente*, dentro de la ley reglamentada.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que la terapia ocupacional es una modalidad sistematizada de prevención, tratamiento y rehabilitación de algunas *enfermedades* físicas, mentales o sociales, lo que es propio de la actividad de quienes ostentan el título profesional de médico o doctor en medicina, no encuentra la Sala que se haya legislado por el ejecutivo sobre la profesión de terapeuta, tecnólogo o técnico profesional en Terapia Ocupacional, o que se haya excedido el mismo en el ejercicio de su poder reglamentario, por la sencilla circunstancia de que esas profesiones se deben ejercer en COORDINACION -que no con sujeción- con profesional médico competente que indique la necesidad de adelantar, respecto de determinada persona enferma, el tratamiento y rehabilitación del paciente. El artículo 4° del decreto demandado, al señalar para qué está facultado el terapeuta ocupacional, no dice por parte alguna que esas actividades deban ser desarrolladas o ejercidas por aquél, con sujeción a lo estrictamente señalado por el médico competente. Lo propio acontece con las facultades o actividades que pueden desarrollar los tecnólogos y los técnicos profesionales en Terapia Ocupacional (artículos 5° y 6° del decreto acusado).

En consecuencia, no encuentra la Sala el quebrantamiento de los artículos 39 y 120-3 de la Constitución Política, ni de los ordenamientos contenidos en la Ley 31 de 1982 y en el Decreto 080 de 1980, y, por ello, habrá de rechazarse el cargo contra los artículos 1°, inciso 2° y 5° del decreto acusado.

Como no acontece lo mismo en relación con lo dispuesto en el literal i) del artículo sexto del acto acusado, en concordancia con la frase acusada del artículo tercero *ibídem*, en cuanto obliga al técnico profesional en Terapia Ocupacional a realizar las demás actividades auxiliares o instrumentales concretas, para las cuales se encuentra habilitado por el título profesional intermedio, de la manera o forma como "le sean impuestas por el Terapista Ocupacional", pues allí no existirá la permitida "coordinación", entre una actividad y otra, sino la sumisión o sujeción de un técnico a un profesional universitario, que la ley en parte alguna ha previsto, debe concluirse que hay exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Por ello, está llamada a prosperar la petición de nulidad del literal i) del artículo sexto, en armonía con la frase demandada del artículo tercero del acto acusado.

La petición de nulidad del artículo noveno, inciso primero en la parte subrayada de la frase, tampoco está llamada a prosperar pues allí no se les está prohibiendo a los tecnólogos y a los técnicos profesionales en Terapia Ocupacional prestar liberalmente sus servicios, ni anunciarse como tales. El artículo décimo, no demandado, confirma que si pueden anunciarse como tecnólogos y como técnicos profesionales, y desempeñarse como tales al expresar que "Las personas que sin cumplir los requisitos aquí mencionados -que no son otros, observa la

Sala, que los de poseer formación tecnológica o intermedia y haber obtenido el grado o título de tecnólogo o de técnico profesional en terapia ocupacional- *se anuncien* como Terapistas Ocupacionales, Tecnólogos o Técnicos intermedios sin estar legalmente habilitados para ello conforme a este Decreto y a la Ley 31 de 1982, ejercen ilegalmente..." (subrayado fuera del texto).

En síntesis, que no existe en la norma acusada prohibición alguna para que los tecnólogos y los técnicos intermedios con formación tecnológica o intermedia y con grado o título se anuncien como tales y ejerzan su profesión en relación con la Terapia Ocupacional. Lo que no podrían sería, así se deduce de la norma acusada, es anunciarse como terapeutas ocupacionales.

No prospera, como se ha dicho, el cargo.

Finalmente, en cuanto hace relación a la petición de nulidad del articulo noveno, inciso segundo, en la frase que reza: "...y con funciones delegadas bajo la supervisión del Terapista Ocupacional, con título universitario desarrollando las actividades establecidas", y que se refiere a que "los tecnólogos y técnicos intermedios, profesionales en Terapia Ocupacional podrán desempeñarse en entidades públicas o privadas, en consultorios profesionales, en talleres de fórmulas, equipos y aditamentos, únicamente en actividades tecnológicas y auxiliares y con funciones...", encuentra la Sala que la norma no puede ser entendida en el sentido de que las actividades propias de los tecnólogos y técnicos intermedios profesionales en Terapia Ocupacional, con título o grado, no puedan desempeñarse sino previa *la delegación* de funciones por parte de un Terapeuta Ocupacional titulado. Lo que, en sentir de la Sala, expresa la norma demandada es que, además de las actividades tecnológicas y auxiliares que pueden desarrollar o desempeñar los tecnólogos y técnicos intermedios en Terapia Ocupacional, para lo cual indubitablemente están capacitados por sus conocimientos y habilitados en razón del título que han obtenido, pueden, igualmente, realizar actividades propias de un Terapeuta Ocupacional, cuando éste haga la delegación correspondiente, funciones o actividades que, como es apenas obvio, deben ser supervisadas por el profesional competente, o sea, el Terapeuta Ocupacional que hace la delegación.

Entendida la norma en esa forma, es claro que la pretensión de la demanda, en cuanto a ella, no está llamada a prosperar.

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

FALLA:

1o. DECLARASE la nulidad del literal i) del artículo sexto del Decreto Reglamentario 1884 de 1988, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Salud Pública.

2o. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Salud Pública y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Ausente; *Rodrigo Vieira Puerta.*

ACUMULACION DE PROCESOS

Aun cuando así no se dijo expresamente por el *"a quo"*, lo que llevó a los recurrentes a la creencia de que la acumulación se decretó por darse la situación o evento señalado en el numeral 2° del artículo 157 del C. de P.C., por tratarse del mismo demandado, es indubitable que la acumulación se decretó en razón de darse la circunstancia señalada en el numeral 1° *ibídem*: las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda, a más que el demandado es el mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1587. Recurso de apelación contra la providencia de julio 12 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, dentro del juicio de nulidad de la Ordenanza 004 de 1988, expedida por la Asamblea Departamental. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial del Departamento del Valle del Cauca, parte demandada, y el ciudadano ERNESTO VILLEGAS DUQUE, parte impugnadora, dentro del proceso de la referencia, contra la providencia de julio 12 de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, en cuanto por ella se resolvió decretar la acumulación de los procesos 15429 (actor Pablo J. Cáceres C.) y 15597 (actor Myriam Guerrero de Escobar), para tramitarlos y decidirlos conjuntamente en una misma sentencia, por encontrarse que se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 157 del C. de P.C.

I. RAZONES DE LA IMPUGNACION

Consideran los apelantes que el artículo 157 del actual Código de Procedimiento Civil, al igual que lo hacía el artículo 147 del anterior ordenamiento, exige, entre otros, como requisito para la procedencia de la acumulación de procesos, el que "...LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS SE FUNDAMENTEN EN LOS MISMOS HECHOS, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas")(resalta el memorialista), y, que ese requisito no se da en el caso *sublite*, por cuanto en las contestaciones de la demanda que obran en los procesos 15.429 y 15.597, cuya acumulación ha solicitado la parte demandante, se observa claramente que las excepciones o medios de defensa que se han propuesto no se fundamentan en los mismos hechos, y no podrían fundarse en los mismos hechos por cuanto los hechos y fundamentos de derecho de las dos demandas son totalmente diferentes.

II. LA DECISION

Tratándose, como se trata, de un proceso de conocimiento del *a-quo* en primera instancia, esta Corporación es competente para conocer del recurso interpuesto, y por ello se entrará a decidir, previas las siguientes consideraciones:

Dice el artículo 157 del C.C.A. sobre la acumulación de dos o más procesos, lo siguiente:

> "PROCEDENCIA DE LA ACUMULACION. Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia.
>
> "1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.
>
> "2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquellas tengan el carácter de previas.
>
> "3. Cuando existen varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.
>
> "4. Cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores".

Conforme a la disposición pretranscrita, se tiene que hay lugar a la acumulación de dos o más procesos ordinarios o especiales de igual procedimiento, cuando:

1o. La petición de acumulación de ellos sea formulada por quien tenga el carácter de parte en cualquiera de ellos.

2o. Cuando los procesos a acumular se encuentren en la misma instancia.

3o. Cuando: a) las pretensiones formuladas en los diferentes procesos habrían podido acumularse en la misma demanda, es decir, en una sola demanda: b) o el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas; c) o cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda; y d) o cuando en los mismos procesos de ejecución, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, aun cuando así no se dijo expresamente por el *a-quo* en la providencia recurrida, lo que llevó a los recurrentes a la creencia de que la acumulación se decretó por darse la situación o evento señalado en el numeral 2° del artículo 157 del C. de P. C., por tratarse del mismo demandado, el Departamento del Valle del Cauca, es indubitable que la acumulación se decretó en razón de darse la circunstancia señalada en el numeral 1° *ibídem:* las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda, a más de que el demandado es el mismo.

Miradas las cosas desde esa óptica, es conducente la acumulación decretada, y no le asiste la razón a los recurrentes quienes la tendrían si realmente lo tenido en cuenta por el Tribunal hubiera sido el numeral 2° del artículo 157 citado, pues, como ellos lo observan, si bien el demandado es el mismo ente territorial, las excepciones propuestas no se fundamentan en los mismos hechos y no podían plantearse como previas o no se plantearon como tales.

De modo que, por encontrarse que las pretensiones formuladas tienen relación con el mismo acto acusado, es decir, que habrían podido acumularse en la misma demanda, la acumulación es procedente, y el recurso de apelación no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

No prospera el recurso de apelación interpuesto contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con fecha julio doce (12) de mil novecientos noventa (1990), dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue le discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, ausente; *Rodrigo Vieira Puerta.*

EXPROPIACION/ UTILIDAD PUBLICA - Calificación/ **GOBERNADOR/ COMPETENCIA**

El ejecutivo, a que se refiere el artículo 17 de la Ley 56/81, es el del orden administrativo al cual pertenezca el proyecto, obra o zona objeto de la calificación de utilidad pública o interés social. Independientemente de que el artículo 18 de la Ley 119 de 1890 pueda o no estar vigente, la competencia para aplicar la calificación de utilidad pública e interes social a los proyectos, obras y zonas que concretamente se requieran y que el artículo 17 en referencia confiere al "ejecutivo", debe entenderse que corresponde al ejecutivo departamental, es decir, al Gobernador, cuando se trata de asuntos departamentales, como es el caso de las obras de aprovechamiento múltiple de Riogrande, a que se refiere la resolución demandada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1258. Actor: Octavio Ortega Builes.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 19 de mayo de 1989.

I. ANTECEDENTES

a. ***El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda***

El ciudadano Octavio Ortega Builes, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el art. 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de la Resolución No. 31822 del 8 de julio de 1982 proferida por la Gobernación del Departamento de Antioquia.

b. ***El acto acusado***

Mediante la Resolución acusada el Gobernador del Departamento de Antioquia adoptó las siguientes decisiones:

1o. Declarar de utilidad pública e interés social las zonas solicitadas por las Empresas Públicas de Medellín, por intermedio de su representante legal, las cuales "habrán de ser afectadas por las obras de aprovechamiento múltiple del Ríogrande, en jurisdicción de los municipios de Belmira, Entrerríos, Santa Rosa de Osos "y" Donmatías, San Pedro, Barbosa, Girardota, Copacabana y Bello que ejecutarán las Empresas Públicas de Medellín con el objeto de suministrar agua potable para Medellín Metropolitano y la generación de energía eléctrica".

2o. Publicar la referida resolución a costa de las Empresa Públicas de Medellín en la gaceta departamental y en todos los municipios en que haya zonas afectadas por la declaratoria de utilidad pública.

c. ***Los hechos de la demanda***

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fl. 3. Cuad. No. 1):

1o. Mediante la Resolución No. 31822 de 1982, la Gobernación del Departamento de Antioquia declaró de utilidad pública e interés social dos zonas: una localizada en los municipios de Santa Rosa de Osos y Entrerríos y otra en los municipios de Belmira, Donmatías, San Pedro, Barbosa, Girardota, Copacabana, Bello, Entrerríos y Santa Rosa de Osos, las cuales se encuentran delimitadas en el literal f de la parte motiva de la resolución demandada.

2o. Estas zonas están destinadas conforme a la resolución referida, a obras para el aprovechamiento múltiple del Ríogrande.

3o. La Resolución se produjo a causa de la solicitud del Gerente de las Empresas Públicas de Medellín a la Gobernación de Antioquia y "fundamentó la misma en disposiciones ya derogadas".

4o. El artículo 17 de la Ley 56 de 1981, faculta para declarar de utilidad pública e interés social "exclusivamente al Ejecutivo Nacional y no al Gobierno Departamental".

d. ***Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación***

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 3 y 4 Cuad. No. 1):

Conforme al artículo 16 de la Constitución Política las autoridades de la República tienen como función proteger a las personas en su vida honra y bienes, pero "el ejercicio de esta facultad constitucional está completamente limitado a lo que la misma Constitución, la ley o el reglamento les permita".

En el artículo 30 de la Constitución se dispone que es la ley "la única que puede establecer los casos en los cuales puede expropiarse la propiedad privada". La Ley 56 de 1981 autorizó la expropiación de inmuebles destinados para obras de utilidad común realizadas por entidades de derecho público y por cualquier clase de empresas públicas en las que el Estado tenga un interés económico superior al 90%, siempre que el Ejecutivo en forma previa los haya declarado de interés social y utilidad pública.

El demandante cita textualmente el artículo 17 de la Ley 56 de 1981 e infiere con base en él, "que es al Gobierno Nacional a quien corresponde la facultad de declarar de utilidad pública e interés social, las zonas requeridas para la ejecución de las obras y no al Gobierno Departamental".

De lo anterior concluye, que con la expedición de la Resolución 31822 de 1982 el Gobierno Departamental "se invistió de facultades no otorgadas por la ley ni por reglamento alguno y, por ende, se extralimitó en el ejercicio de sus funciones".

e. ***Las razones de la defensa***

En sus alegatos de conclusión, las Empresas Públicas de Medellín y el Departamento de Antioquia expresan, en síntesis los siguientes argumentos, respectivamente (fls. 23 a 26 y 27 a 29 Cuad. No. 1):

Previa referencia textual del inciso tercero del artículo 30 de la Constitución Política, el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín expresa que esta entidad con el fin de obtener generación de energía eléctrica y para el acueducto del Medellín Metropolitano está realizando obras encaminadas al aprovechamiento múltiple del Ríogrande que comprenden varios Municipios del Departamento de Antioquia.

Las Empresas Públicas de Medellín solicitaron al Gobernador del Departamento de Antioquia la declaratoria de utilidad pública de la zona de tal proyecto, con fundamento en las siguientes normas: Ley 21 de 1917, artículo 2° de la Ley

113 de 1928, artículo 1° de la Ley 126 de 1938, artículo 1° del Decreto Nacional 407 de 1949, artículos 16 y 17 de la Ley 56 de 1981 en armonía con el artículo 18 de la Ley 119 de 1890.

Concluye manifestando que con la expedición de la Resolución demandada, por parte del Ejecutivo Departamental, no se contrarió en forma alguna la Ley 56 de 1981, pues el artículo 17 de esta norma no modificó el artículo 18 de la Ley 119 de 1890 "pues si la intención del legislador del año 1981 hubiera sido la de dejar únicamente en cabeza del Presidente de la República la aplicación a un proyecto de la declaratoria de utilidad pública, así lo habría dicho expresamente la norma, o ésta se habría referido al Gobierno Nacional o simplemente al Gobierno (Artículo 57 C. Nal.)".

Por su parte, el apoderado del Departamento de Antioquia, previa cita textual de los tratadistas Eustorgio Sarria y Mauricio Sarria Barragán en su obra "Derecho Administrativo Colombiano", afirma que corresponde al legislador precisar en qué casos procede la expropiación por motivos de utilidad pública o interés social y no al ejecutivo, por esto, en desarrollo del artículo 30 de la Constitución Nacional se expidió la Ley 126 de 1938, que en su artículo 1° le dio la categoría de servicio público fundamental al suministro de energía eléctrica, y dispuso la contribución de la Nación, los Departamentos y los Municipios en su establecimiento, desarrollo y financiación.

En cuanto a si el ejecutivo departamental está facultado o no para la expedición de dichos actos, en su opinión "el mismo órgano legislativo disipó toda duda", por cuanto el artículo 18 de la Ley 56 de 1981 facultó en forma expresa al Gobernador "para que en nombre del Estado expropie".

Igualmente, la Ley 119 de 1890 faculta al Gobernador para que por motivos de utilidad pública o interés social ordene la expropiación por medio de una resolución, de conformidad con el artículo 18 de la misma.

Por lo anterior solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

f. ***La actuación surtida***

De conformidad con las normas correspondientes previstas el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del a quo visible a folios 6 a 10 del Cuaderno No. 1 se admitió la demanda, y se negó la suspensión provisional del acto acusado.

Contra el auto anterior, el actor interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en cuanto denegó la medida cautelar provisoria.

Previamente a la resolución de los recursos propuestos, por auto de 15 de marzo de 1985 se adicionó el auto admisorio de la demanda y se ordenó notificar al Gobernador de Antioquia y al Gerente de las Empresas Públicas de Medellín, igualmente se dispuso la fijación en lista del proceso por el término de diez días (fl. 14 del Cuad. No. 1).

Por auto calendado el 4 de febrero de 1986 se rechazaron por improcedentes los recursos interpuestos y se reconoció personería a los apoderados del Departamento de Antioquia y de las Empresas Públicas de Medellín (fl.17 *ibídem*).

Mediante providencia del 21 de febrero de 1986, que aparece al folio 18 del Cuaderno No. 1, se decretaron las pruebas por el a quo. Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho las Empresas Públicas de Medellín (fls. 23 a 26, Cuad. No. 1) y el Departamento de Antioquia (fls. 27 a 29 *ibídem*).

A folios 31 a 33 del Cuaderno No. 1 aparece el concepto del Fiscal rendido ante el Tribunal.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 34 a 41 Cuad. No. 1):

En primer lugar precisa el motivo de impugnación, en la incompetencia del Gobernador para proferir la resolución acusada, pues dicha facultad le fue conferida por la Ley 56 de 1981 al Ejecutivo Nacional. Al respecto el Tribunal consideró que no le asiste razón al demandante, por cuanto, en primer lugar, de los artículos 55 y 57 de la Constitución Nacional "parece deducirse que la rama ejecutiva está conformada únicamente por el gobierno", el cual a su vez se encuentra integrado por el Presidente de la República, los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos; no obstante lo anterior, teniendo en cuenta otras normas de tipo constituciona y legal que regulan organismos o entidades que igualmente hacen parte de la rama ejecutiva y habida cuenta de que en el artículo 1° de la Constitución Política se consagra el principio de la centralización política y descentralización administrativa, "llega a establecerse que presente tres órdenes o niveles: 1o. El Nacional, 2o. El Seccional y, 3o. El local, correspondiendo a la segunda categoría de esta descentralización territorial la de los Departamentos Intendencias y Comisarías". Precisa el *a-quo* que en el caso de los Departamentos, la administración la integran el Gobernador como órgano principal y otras dependencias u organismos que contribuyen en las gestiones que el primero tiene a su cargo.

De lo anterior concluye que cuando las disposiciones que regulan la declaratoria de utilidad pública e interés social de proyectos, obras y zonas se refieren al ejecutivo,

"comprenden dentro de dicha expresión al Gobernador como autoridad competente" para efectuarla y, en consecuencia deniega las súplicas de la demanda.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, en las siguientes razones (fls. 42 y 43 Cuad. No. 1):

En primer lugar, expresa que el Tribunal fundamentó su sentencia en disposiciones legales de 1890, que igualmente constituyeron la base de la Resolución No. 31822 de 1982, "cuando ya estaba en vigencia la Ley 56 de 1981".

Cita textualmente el artículo 3° de la Ley 153 de 1887, que regula los efectos de la Ley en el tiempo, y al respecto considera que al regular la Ley 56 de 1981 en forma específica lo relacionado con el uso de fuentes hídricas de uso público en obras de acueducto, destinadas a proyectos hidroeléctricos adquirió "indudablemente la facultad de ser ley derogatoria, en forma tácita, de leyes o disponsiciones (sic) existentes".

Como consecuencia de lo anterior, el Gobernador no podía aplicar leyes "preexistentes" que ya habían sido derogadas por la Ley 56 de 1981, de acuerdo con el artículo 3° de la Ley 153 de 1887.

La Ley 56 de 1981 no facultó al Gobierno Nacional, concretamente al ejecutivo, para delegar en los Gobernadores las funciones asignadas en el artículo 17, "único caso en que el Gobernador hubiera podido realizar el acto administrativo acusado", por lo cual, "el Gobernador del Departamento carecía de competencia para crear el acto administrativo y, por ende, se excedió en los límites de la competencia que en ese entonces le señalaba el C. de R.P. y Municipal, como también lo establece (sic) actual Código de Régimen Departamental en su artículo 89".

En apoyo de sus argumentaciones, cita la sentencia de 22 febrero de 1973, proferida por el Consejo de Estado en el proceso de revisión de impuestos de Acerías Paz del Río S.A.

Finalmente se remite a las razones expresadas en memorial de 5 de febrero de 1985, acerca de la competencia para proferir un acto que declare de utilidad pública e interés social una zona, proyecto u obra determinada, las cuales solicita al Consejo de Estado, sean tenidas en cuenta en el momento de fallar.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

Dentro del trámite de esta instancia ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión por lo cual la parte demandada no se opuso a los argumentos del recurso.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 8 a 12 Cuad. No .2):

A través de las reformas constitucionales que se han sucedido desde 1881, en cuanto al régimen departamental y municipal se refiere se ha fortalecido la garantía de la descentralización administrativa de estos entes territoriales. La Reforma Constitucional de 1968, dentro del propósito de nacionalización de los servicios públicos, estableció entre otros principios el de que la ley, a iniciativa del gobierno, determinará los servicios a cargo de la nación y de las entidades territoriales y que los gobernadores tendrán la iniciativa en la presentación y elaboración de proyectos dentro de los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.

Al considerarse que la autonomía administrativa de los departamentos y municipios es absoluta, la misma Constitución establece la estructura de sus gobiernos, basada en la presencia de un órgano colegiado y otro ejecutivo, éste último jefe de la administración y agente del respectivo superior jerárquico, lo cual se deduce del artículo 135 de la Constitución Nacional, al determinar que los gobernadores son agentes del gobierno.

La Ley 56 de 1981, en su artículo 16 declaró de utilidad pública y de interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, acueductos, riego de ríos y caudales, así como las zonas afectadas.

Por su parte, el artículo 17 de la citada Ley determina que corresponde al Ejecutivo aplicar dicha calificación, señalando la entidad encargada de expedir el acto de conformidad con el artículo 18, según el cual la nación, los departamentos y los municipios a los que esté asignada alguna de las mencionadas actividades están facultadas para decretar la expropiación a que haya lugar.

Como consecuencia de lo anterior se deduce que el Gobernador como representante del Ejecutivo estaba facultado para dictar el acto cuya nulidad se demanda.

Para finalizar, el señor Fiscal considera que no deben prosperar las pretensiones del apelante.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La controversia central del proceso y del recurso de apelación consiste en determinar si el Gobernador de Antioquia estaba habilitado legalmente, es decir, si tenía competencia para dictar el acto administrativo demandado.

Al efecto, para el Gobernador, de conformidad con la parte motiva de la Resolución acusada, su competencia emana de las Leyes 113 de 1928 y 80 de 1946 y de los artículos 1° del Decreto Nacional 407 de 1949, 6° de la Ley 56 de 1890 y 18 de la Ley 119 de 1890 (V. considerandos c), d), y g) de la Resolución No. 31822 de 1982 fls. 1 y 2 del Cuaderno No. 1).

Por su parte, para el actor, la competencia para dictar un acto como el demandado está radicada en el Gobierno Nacional, en virtud del artículo 17 de la Ley 56 de 1981 que le otorga al "Ejecutivo", por lo cual el acto acusado violó esta última norma y, por consecuencia, los artículos 30 y 16 de la Constitución Política (V. fl. 4 del Cuad. No. 1).

A su vez, para los apoderados del Departamento de Antioquia y de las Empresas Públicas de Medellín, además de las normas citadas en la parte motiva del acto acusado, éste encuentra su fundamento legal en la Ley 21 de 1917, el artículo 1° de la Ley 126 de 1938 y los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 56 de 1981.

Para el Tribunal de primera instancia, la legalidad del acto acusado se fundamenta en el mismo artículo 17 de la Ley 56 de 1981, que el actor considera violado, en concordancia con las normas constitucionales y legales que consagran y desarrollan el principio de la centralización política y descentralización administrativa.

Frente a la sentencia del Tribunal, el actor y recurrente acude al artículo 3° de la Ley 153 de 1887 para argumentar que la Ley 56 de 1981 reguló íntegramente la materia y, por consiguiente, es derogatoria de todas las leyes y disposiciones existentes, sin que en parte alguna autorice al Gobierno Nacional para delegar en los Gobernadores las funciones que le asigna el artículo 17 de la misma ley.

Finalmente, en su concepto de fondo, el señor Agente del Ministerio Público ante esta Corporación defiende la legalidad del acto en algunas de las normas citadas y en la autonomía de los departamentos.

Frente al anterior resumen de la controversia, para la Sala no hay duda, como tampoco parece haberla para el demandante, que la declaratoria de utilidad pública e interés social de las zonas de terreno a que se refiere la Resolución demandada, encuentra claramente su fundamento las Leyes 56 de 1890, 119 del mismo año, 21 de 1917, 113 de 1928, 126 de 1938, 80 de 1946, el Decreto 407 de 1949 y la Ley 56 de 1981, todas las cuales se refieren a la declaración de utilidad pública e interés social de las actividades referentes al aprovechamiento de la fuerza hidroeléctrica y a la construcción de presas de agua y acueductos, dentro de las cuales se encuentran las obras de aprovechamiento múltiple de Riogrande, que constituyen el objeto del acto acusado.

De tal manera que las normas legales citadas constituyen la definición de los motivos de utilidad pública e interés social exigida por el artículo 30 de la Constitución, para que pueda haber expropiación. Esta misma norma constitucional prevé que la expropiación deberá ser mediante sentencia judicial e indemnización previa,

salvo por razones de equidad determinadas también por el legislador mediante una mayoría especial. En desarrollo de esta norma constitucional, la ley ha regulado el proceso de expropiación a fin de precisar la competencia de las diferentes ramas del poder y garantizar la participación de las tres ramas en ese proceso. Así, en términos generales, como lo reconocen la doctrina y la jurisprudencia, el legislador, como ya quedó dicho, define los motivos de utilidad pública e interés social; el ejecutivo determina los bienes que deben ser objeto de expropiación en virtud de aquellos motivos; y el juez establece la indemnización a que haya lugar.

Como es obvio, la controversia de este proceso se sitúa en la segunda de las etapas de ese proceso, en el sentido de determinar cuál es la autoridad ejecutiva que tiene la competencia para dictar el acto o actos correspondientes.

Al efecto, la última de las leyes citadas, expedida antes de la Resolución demandada, es la Ley 56 de 1981, "por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica y acueductos, sistemas de regadío y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras".

Los artículos 16, 17 y 18 de la última ley citada son del siguiente tenor:

"ARTICULO 16.- Declárase de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, acueductos, riego, regulación de ríos y caudales, así como las zonas a ellos afectadas.

"ARTICULO 17.- Corresponde al Ejecutivo aplicar esta calificación, de manera particular y concreta a los proyectos, obras y zonas definidos y señalar la entidad propietaria que está facultada para expedir el acto a que se refiere el artículo 18.

"Parágrafo.- Contra la respectiva providencia no procederá recurso alguno por la vía gubernativa.

"ARTICULO 18.- Al igual que la nación, los departamentos y municipios, sus establecimientos públicos, sus empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta en las que la participación del Estado sea o exceda del 90% del capital y a las cuales esté asignada alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo anterior, están facultadas para decretar la expropiación de los bienes y derechos que sean necesarios.

"El acto administrativo mediante el cual se decreta la expropiación procederá cuando los titulares de tales bienes, o derechos se nieguen a enajenar o están incapacitados para hacerlo voluntariamente.

"Parágrafo.- Las entidades señaladas en el presente artículo quedan facultadas para adelantar los procesos judiciales a que haya lugar".

Las normas anteriores implican que la ley ha reiterado una vez más la declaratoria de utilidad pública e interés social en lo referente a obras de energía eléctrica, acueductos, riego, regulación de ríos y caudales incluyendo las zonas afectadas a dichas obras.

Pero, además, la ley ha previsto que la participación de la rama ejecutiva en el proceso tendiente a las expropiaciones requeridas para aquellos efectos se produce de dos maneras: de una parte, corresponde al "ejecutivo" aplicar la calificación de utilidad pública e interés social a los proyectos, obras y zonas que concretamente la requieran; de otra parte, corresponde a la entidad a la cual está asignada la actividad respectiva, decretar de manera individual la expropiación de los bienes o derechos que sean necesarios y adelantar los procesos judiciales a que haya lugar, pudiendo ser esa entidad la Nación, un departamento, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial y comercial de cualquiera de las órdenes o una sociedad de economía mixta en la que la participación del Estado sea o exceda del 90% del capital.

De acuerdo con lo anterior, la controversia que ha dado lugar al presente proceso no está referida a la competencia para dictar el último acto administrativo mencionado, es decir, el que decreta la expropiación sino para expedir el acto que aplica la calificación de utilidad pública e interés social a un proyecto, obra o zona, que fue lo que hizo la Resolución No. 31822 de 1982 en relación con las zonas identificadas en la misma, necesarias para las obras de aprovechamiento múltiple de Riogrande, con el objeto de suministrar agua potable y energía eléctrica a Medellín y sus municipios vecinos. Es decir, que se trata del acto administrativo a que se refiere el artículo 17 de la Ley 56 de 1981, cuya competencia es del "ejecutivo".

Ubicado así el problema, para la Sala no hay duda de que el "ejecutivo" a que se refiere esta norma es el del orden administrativo al cual pertenezca el proyecto, obra o zona objeto de la calificación de utilidad pública o interés social, por varias razones:

En primer lugar, porque a la luz de nuestra organización político-administrativa, regida por el principio de "la centralización política y descentralización administrativa", si bien existe un ejecutivo nacional, también existe esa figura en el orden seccional y local, representada por el respectivo gobernador, intendente, comisario y alcalde, de tal manera que no es cierto, como lo pretende el actor, que dicha expresión sea apenas equivalente a la de Gobierno Nacional.

En segundo lugar, porque de conformidad con el artículo 18 de la Ley 119 de 1890, "todo asunto de expropiación en casos comunes, debe principiar por una resolución en la que se exprese claramente qué es lo que se debe expropiar, con qué objeto, y con qué motivo. ...Esta resolución se dictará por el Gobierno, si se tratare de asunto nacional; por el Gobernador del Departamento, si se tratare de asunto departamental; por el Alcalde, si el asunto es municipal...". De tal manera que si ya en la época inmediatamente posterior a la expedición de la Constitución Política de 1886, se descentralizó la función administrativa de pre-

cisar el marco de aplicación de la utilidad pública e interés social definidos por el legislador, no se vé porque una ley producida en un momento en que el proceso descentralista hacia los departamentos y municipios se consolida, como la Ley 56 de 1981, centralizara en cabeza del ejecutivo nacional dicha función aún en relación con obras y zonas de carácter simplemente seccional o local.

En consecuencia, la Sala considera que independientemente de que el artículo 18 de la Ley 119 de 1890 pueda o no estar vigente, la competencia para aplicar la calificación de utilidad pública e interés social a los proyectos, obras y zonas que concretamente se requieran y que el artículo 17 de la Ley 56 de 1981 confiere al "ejecutivo", debe entenderse que corresponde al ejecutivo departamental, es decir, al Gobernador, cuando se trata de asuntos departamentales, como es el caso de las obras de aprovechamiento múltiple de Riogrande, a que se refiere la Resolución demandada.

Por lo tanto, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera en acuerdo con el agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de fecha 19 de mayo de 1989.

Segundo. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y uno.

Los consejeros,

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, ausente con excusa legal; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SECCION
SEGUNDA

SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION** - Improcedencia

La referencia que en la Ley 44 de 1977 se hace a la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975, tiene como finalidad indicar que la sustitución pensional de que trata, quedaba sometida al régimen contenido en ellas, esto es, que esa prestación adquiría el carácter de vitalicia respecto de todos los beneficiarios previstos en la Ley 171 de 1961 y los Decretos Ley 3135 de 1968 y 434 de 1971, toda vez que el artículo 1° de la Ley 44 de 1977 no consagró excepción alguna en relación con los mencionados beneficiarios, pues indiscriminadamente, vale decir sin excluir a los padres, hermanos inválidos y hermanas solteras indigentes del pensionado fallecido, dispuso que tenían vocación a disfrutar de la sustitución pensional quienes tuvieran el derecho causado o hubieran disfrutado de la sustitución pensional prevista en los estatutos citados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., enero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 2262. Recurso Extraordinario de Revisión. Actor: Caja Nacional de Previsión Social - Ceila Perilla Gutiérrez.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión formulado por la Caja Nacional de Previsión Social contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 7 de febrero de 1986, que anuló la Resolución No. 7003 de 7 de julio de 1983, proferida por la Sub-Dirección de Prestaciones Económicas de la mencionada entidad y la providencia sin número del 20 de septiembre de ese mismo año, de la Dirección General de esa Caja de Previsión, por las cuales

se negó a la señorita Ceila Perilla Gutiérrez el restablecimiento vitalicio de la sustitución pensional jubilatoria que percibía su fallecida hermana Hortensia Perilla Gutiérrez y, como consecuencia de tal declaratoria, se condenó a la Caja Nacional de Previsión Social a reconocerle y pagarle a la primera, en forma vitalicia, la pensión mensual por sustitución que había disfrutado como beneficiaria de la pensionada fallecida Hortensia Perilla Gutiérrez.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Para los efectos de este recurso extraordinario se transcriben sus partes pertinentes:

"Se afirma dentro de la *causa petendi* que a la actora se le concedió el derecho a sustituirse en la pensión de jubilación de que gozaba la señorita HORTENSIA PERILLA GUTIERREZ, inicialmente, en virtud de la Resolución No. 488 del 26 de abril de 1972, por el término de dos años ampliado a cinco por medio de la Resolución No. 548 del 20 de junio de 1975, en su condición de hermana de la causante y carente de recursos económicos. Ambas providencias, pronunciadas por el Ministerio de Educación Nacional.

Y, evidentemente (sic). Dentro del anexo que ya se ha mencionado y que contiene la actuación administrativa surtida ante la Caja Nacional de Previsión Social, a los folios 50 y siguientes, se consultan copias auténticas de los memorados actos administrativos, los cuales fueron dictados con base en lo perceptuado por la Ley 64 de 1947 y el Decreto 434 de 1971. La titular de la pensión de jubilación en cuestión, Hortensia Perilla Gutiérrez, se observa, defirió su derecho del servicio en el ramo docente, en consecuencia, la sustitución tuvo lugar con base en la citada Ley 64 de 1947, en favor de la demandante, obedeciendo al artículo 2° que disponía:

"Las pensiones de jubilación de los institutores serán pagadas por muerte del jubilado, durante los dos años siguientes, a la esposa, mientras permanezca en estado de viudez, o a los hijos menores y a las hijas solteras o viudas, o a los padres o hermanas solteras, indigentes".

Por esta razón, inicialmente la sustitución en favor de la actora, se decretó por el término de dos años, pero habiendo entrado a regir el Decreto 434 de 1971, tal término se amplió a cinco, obedeciendo en ésto al artículo 19 que modificó al 36 del Decreto 3135 de 1968.

Lo anterior nos ofrece una cuestión de una nitidez inocultable: la demandante disfrutó del derecho de sustitución pensional por el término de cinco años, en razón de lo previsto en el Decreto 434 de 1971, arts. 19 y 21, al hallarse dentro de las circunstancias allí prevenidas en su condición de hermana

soltera de la causante, de la cual dependía económicamente y se hallaba en condición de indigencia.

Ahora bien. La Ley 44 de 1977 en su artículo 1° dispone:

"*A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional* prevista en la Ley 171 de 1961, de Decreto Ley 3135 de 1968 y del *Decreto Ley 434 de 1971, tendrán derecho* a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975" (se subraya).

El supuesto de esta norma, según sus propias voces, se dirige a las personas que tengan "derecho causado" y a quienes "hayan disfrutado" de la sustitución pensional; es decir, a los que se hallan dentro de las condiciones de la ley para gozar del derecho a la sustitución pensional, pero que a la sazón de la norma no se les había decretado; y a quienes lo obtuvieron con anterioridad a su vigencia. Y al utilizar la expresión "hayan disfrutado", se dirige a aquellos en cuyo favor se decretó la sustitución pensional por un tiempo determinado, el cual ya ha vencido; para que disfruten de la sus titución pensional en la forma prevista por la Ley 33 de 1973 y tengan derecho a lo previsto en la Ley 12 de 1975.

La Ley 33 de 1973, modificó el régimen de la sustitución pensional en dos aspectos; uno en cuanto a las personas destinatarias de la sustitución, y otro en cuanto al término de la misma quedando éste vitalicio. Pero para el caso del artículo 1° de la Ley 44 de 1977, que, como se ha dicho, se refiere a circunstancias cumplidas legalmente bajo el imperio de la normación anterior en cuanto a las personas que gozaban del derecho de la sustitución pensional o quien lo tenía causado; (sic), debe entenderse que la referencia que hace de la citada Ley 33 de 1973, es en cuanto al término de la sustitución, que la contempló en forma vitalicia, según se dijo.

En otras palabras la Ley 33 de 1973 estableció el derecho a gozar de la sustitución pensional, en forma vitalicia para los beneficiarios de la misma, en tanto permanezcan dentro de las circunstancias prevenidas por la Ley; y el artículo 1° de la Ley 44 de 1977, amplia el beneficio en la forma mencionada, es decir, de por vida, para todas las personas que conforme a los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 434 de 1971, específicamente, gozaron de la sustitución.

Esta, y no otra, es la interpretación que debe hacérsele al citado artículo 1° de la Ley 44 de 1977; pues si buscamos un alcance distinto, desbordaríamos el texto legal, al querer significar vivencias no contempladas ni insinuadas siquiera, por la norma en mención.

Dentro de la Resolución No. 7003 de 7 de julio de 1983, la entidad demandada buscó una interpretación diferente al entrar a considerar situaciones

consolidadas legítimamente dentro de normación anterior, y dejando a la vera del entendimiento al real y legítimo alcance del Art. 1° de la Ley 44 aludida.

En suma:

La demandante demostró que disfrutó de la sustitución pensional, por ministerio de los actos administrativos legítimamente pronunciados; en consecuencia, en frente del artículo 1° de la Ley 44 de 1977, adquirió el derecho a gozar del beneficio de la sustitución pensional de que gozaba, en forma vitalicia, en la forma como quedó descrita dentro de las consideraciones anteriores.

La acción en consecuencia prospera, pues se establece que ha habido violación a la norma del artículo 1° de la Ley 44 de 1977." (fls. 7, 8, 9 y 10 C.3).

EL RECURSO

Se solicita que se revise la sentencia recurrida con fundamento en la causal consagrada en el numeral 4 del artículo 188 del C.C.A.

a) En los hechos se relata que la señorita Hortensia Perilla Gutiérrez, en virtud de haber prestado sus servicios en la educación primaria oficial por más de 20 años, la Nación (Ministerio de Eduación Nacional) le reconoció el derecho a disfrutar de una pensión mensual de jubilación, mediante Resolución No. 15 del 9 de febrero de 1943, prestación social que le fue reajustada por Resoluciones Nros. 755 y 1437 de 1961 y 1968, respectivamente.

b) A su fallecimiento, el Ministerio de Educación por la Resolución No. 488 de 26 de abril de 1972, le reconoció a la señorita Ceila Perilla Gutiérrez, hermana soltera de la pensionada y carente de recursos económicos, el derecho a sustituirse en la prestación social de la causante por el término de dos años, el cual se extendió a cinco años por Resolución No. 548 de 1975, en virtud de lo previsto en el Decreto 434 de 1971.

c) La Sub-Dirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por Resolución No. 7003 de 1973, negó a Ceila Perilla Gutiérrez la solicitud que ésta había elevado con el fin de que se le reconociera y pagara la pensión mensual de jubilación por sustitución a que se ha hecho referencia, en forma vitalicia.

d) Agotada la vía gubernativa respecto de dicha providencia la mencionada señorita acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en pronunciamiento de mérito, contenido en la sentencia recurrida, anuló los actos administrativos denegatorios de la referida petición y condenó a la Caja Nacional de Previsión a reconocer, liquidar y pagar a la demandante, en forma vitalicia, la

pensión mensual de jubilación por sustitución que había disfrutado por el término de cinco años como beneficiaria de la pensionada Hortensia Perilla Gutiérrez.

e) Como razones de orden legal para la revisión de la sentencia, la Caja aduce que la señorita Ceila Perilla Gutiérrez no reúne la aptitud legal requerida para acceder en forma vitalicia a tal prestación social, por cuanto si bien en el artículo 1° de la Ley 44 de 1977, se estableció la prórroga y el restablecimiento de la sustitución pensional a quienes tenían ese derecho causado o hubieran disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961 y los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 434 de 1971, condicionó dicha prórroga y restablecimiento a lo previsto en Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, la primera de las cuales estipula que fallecido un trabajador particular, del sector público o semioficial pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez, su viuda podrá reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia y que los hijos menores de edad del causante o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez que dependían económicamente de él, tienen derecho a recibir, en concurrencia con el cónyuge supérstite, la aludida prestación hasta cuando cumplan la mayoría de edad o hasta cesar la invalidez y, el artículo 1° de la Ley 12 de 1975 consagra el derecho, a la sustitución pensional de tales trabajadores fallecidos en favor de los hijos del *de cujus* en las condiciones anotadas, de la cónyuge supérstite o de la compañera permanente, en forma vitalicia.

Las leyes comentadas no extendieron ese derecho a los padres, a los hermanos inválidos o hermanas solteras que dependían económicamente del causante, quienes en ausencia de cónyuge y de hijos de éste, por mandato legal se convertían, por orden de la Ley 64 de 1947, en beneficiarios del derecho a la sustitución pensional, primero por el término de dos años y luego por cinco años.

De acuerdo con lo expuesto, concluye el apoderado de Cajanal, la señorita Ceila Perilla Gutiérrez, hermana soltera de la pensionada fallecida, no ostenta las condiciones requeridas por la ley para tener derecho a la sustitución pensional de Hortensia Perilla Gutiérrez y, como el Tribunal de Boyacá, contrariando los planteamientos anteriores, en la sentencia cuya revisión se impetra, le concedió la pensión vitalicia, se impone la revisión del aludido fallo.

OPOSICION AL RECURSO

La señorita Ceila Perilla Gutiérrez, mediante apoderado, se opone a la prosperidad del recurso, alegando que no hay razón para excluir del beneficio de la sustitución pensional vitalicia prevista en la Ley 44 de 1977, a personas distintas de las viudas e hijos de los pensionados que disfrutaban de esa sustitución pensional por un término de dos años, conforme a una legislación especial diferente a la contenida en la Ley 171 de 1961 y los Decretos 3135 de 1968 y 434 de 1971, por la sola circunstancia de que el legislador de 1977 no hubiera tenido en cuenta que existían regímenes pensionales especiales, como los consagrados en la Ley

64 de 1947 para el ramo docente y las Leyes 28 de 1943 y 22 de 1945, para los empleados y trabajadores del ramo de comunicaciones, entre otros.

Por tanto, expresa, que si el artículo 2° de la Ley 64 de 1947, establece que las pensiones de jubilación de los institutores serán pagadas, por muerte del jubilado durante los dos años siguientes, a la esposa, mientras permanezca en estado de viudez o a los hijos menores y a las hijas solteras o viudas, o a los padres o hermanas solteras, indigentes, ella, como hermana soltera indigente de Hortensia Perilla Gutiérrez, tiene derecho a disfrutar de la sustitución pensional de acuerdo con la Ley 44 de 1977, que se propuso acabar con la desigualdad existente entre los beneficiarios de unos pensionados respecto a otros. Consiguientemente, concluye, no es viable acceder a la solicitud de revisión de la sentencia formulada por la Caja Nacional de Previsión Social.

EL CONCEPTO FISCAL

En lo conducente, el Ministerio Público manifestó:

"El Tribunal Administrativo de Boyacá, al reconocerle a la señorita Ceila Perilla Gutiérrez, el derecho a disfrutar en forma vitalicia la pensión de la que fuera originariamente titular su hermana Hortencia (sic), interpretó erróneamente la preceptiva legal conformada por el artículo 12 y de la Ley 171 de 1961; art. 36 del Decreto 3135 de 1968; art. 19 del Decreto 434 de 1971; art. 1° de la Ley 33 de 1973; art. 1° de la Ley 12 de 1975, y art. 1° de la Ley 44 de 1977: pues que el meridiano tenor literal de las normas en cita y su diáfano sentido hacen llegar a la fácil conclusión de que, en materia de limitantes cronológicas para el disfrute de pensiones de jubilación a título de beneficiarios sustitutos, ésta ha sido la secuencia histórica: art. 12 Ley 170 de 1961: dos años para la viuda. Lo mismo para hijos menores de dieciocho años, o incapacitados por razón de estudios o invalidez y para hermanas pobres dependientes económicamente del jubilado.

Art. 36 del Decreto 3135 de 1968: También dos años para los mismos beneficiarios;

Art. 19 del Decreto 434 de 1971: se aumentó el disfrute de la pensión para los mismos beneficiarios a cinco (5) años;

Art. 1° Ley 33 de 1973: consagra SOLO PARA LA VIUDA, el derecho a disfrutar de la pensión jubilatoria en forma vitalicia. Esta norma excluye, obviamente, a partir de su vigencia, a las hermanas como eventuales beneficiarias de la sustitución pensional.

Exclusión ésta de alcance abiertamente contrario al de la interpretación del Tribunal de Boyacá, que en su intento de desentrañar el sentido del art. 1° de la Ley 44 de 1977 lo desvirtúa hasta desconocerle su *única* finalidad: la

de que los derechos causados o disfrutados de la sustitución pensional (caso éste último de la señorita Perilla) se sigan rigiendo por los mandatos contenidos en las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, es decir, que PARA LAS VIUDAS, el derecho a disfrutar la pensión sea vitalicio, tal como lo manda el artículo 1° de la Ley 33 de 1973. En cuanto a la Ley 12 de 1975 ésta no se refiere al tema cuestionado.

Y es que para beneficiarios de la sustitución pensional, distintos a los cónyuges sobrevivientes o compañera permanente, la limitante temporal en cuanto al disfrute de la pensión siempre ha estado representada por la cesación del estado por cuya virtud se adquirió el derecho, a saber: acceso a la mayoría de edad; culminación de los estudios; recuperación de la salud; cambio de estado civil, y, o de situación económica.

En el caso de la señorita Ceila Perilla, su derecho a la sustitución pensional, sin consideración a la pérdida o no de la aptitud legal tenida en cuanto para reconocérsele, ya caducó frente al último término concedido por la Ley para su disfrute: término de cinco (5) años según las voces del art. 19 del Decreto 434 de 1971.

Por lo expuesto, esta agencia Fiscal considera que el recurso de revisión que nos ocupa está llamado a prosperar". (fls. 52 y 53).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La causal de revisión invocada por la Caja Nacional de Previsión Social es la consagrada en el numeral 4 del artículo 188 del C.C.A., que reza textualmente:

"Artículo 188. Causales de Revisión.

Procederá este recurso:

...Cuando la persona en cuyo favor se decretó por sentencia una pensión periódica no reunía, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o si con posterioridad a la sentencia hubiere perdido esa aptitud, o cuando sobreviniere alguna de las causales señaladas en la ley para la pérdida".

Deberá establecer la Sala si para la fecha en que el Tribunal Administrativo de Boyacá (7 de febrero de 1986) profirió la sentencia impugnada (fls. 50 a 60 Cdno. No. 2), por la cual dispuso el reconocimiento a Ceila Perilla Gutiérrez, en forma vitalicia, de la pensión mensual de jubilación por sustitución que disfrutó por el término de cinco años como beneficiaria de la pensionada Hortensia Perilla Gutiérrez reunía la aptitud legal necesaria para acceder a ese derecho.

Del material probatorio obrante en el proceso, se desprende lo siguiente:

1. Mediante la Resolución No. 488 del 26 de abril de 1972, del Ministerio de Educación Nacional (fls. 45 y 46 Cdno. No. 3), se reconoció a Ceila Perilla Gutiérrez, por el término de dos (2) años el derecho a sustituir a su extinta hermana Hortensia Perilla Gutiérrez en el cobro de la pensión de jubilación que ella disfrutaba, derecho que fue prorrogado en virtud de lo dispuesto en el Decreto 434 de 1971 a cinco (5) años, por Resolución No. 548 de 20 de junio de 1975, del citado Ministerio (fls. 27 y 28 Cdno. No. 3).

2. La Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por Resolución No. 07003 de 7 de julio de 1983 (fls. 100 y 101 Cdno. No. 3), no accedió al restablecimiento sustitucional pensional vitalicio solicitado por la señorita Ceila Perilla Gutiérrez, acto administrativo que fue declarado nulo por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia impugnada, en la cual se dispuso, además, que la aludida entidad reconocerá en forma vitalicia a la mencionada señorita la sustitución pensional a que se ha hecho referencia (fls. 50 a 60 Cdno. No. 2).

Ahora bien, la señorita Ceila Perilla Gutiérrez accedió al derecho a la sustitución pensional de su hermana Hortensia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 64 de 1947, por cuanto demostró, además de su parentesco con la causante, que carecía de recursos económicos; derecho que le fue prorrogado de dos a cinco años, en razón de lo estipulado en el artículo 19 del Decreto 434 de 1971, que sustituyó el artículo 36 del Decreto 3135 de 1968, que reza:

"El artículo 36 del Decreto 3135 de 1968 quedará así:

Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes.

Cuando faltaren el cónyuge o los hijos, la sustitución pensional corresponderá a los padres o hermanos inválidos y a las hermanas solteras del empleado fallecido que dependieren económicamente del causante".

La Corporación precisará si a la luz del artículo 1° de la Ley 44 de 1977, Ceila Perilla Gutiérrez ostenta la actitud legal necesaria para acceder al reconocimiento vitalicio de la sustitución pensional de su hermana.

Reza así el Art. 1° de la Ley 44 de 1977:

"A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto Ley 3135 y del Decreto

Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975".

Para la Sala, contrariamente a lo aseverado por la entidad recurrente, la remisión que en la norma transcrita se hace a las Leyes 33 de 1973 y 12 de 1975, que consagran, en forma vitalicia, a favor de la viuda o compañera permanente de un empleado oficial o trabajador particular pensionado o con derecho a la pensión de jubilación y de sus hijos menores o inválidos el derecho a la sustitución pensional cuando aquel falleciere, no significa que se haya excluido de tal sustitución a los beneficiarios de la misma distintos a aquellos a los cuales se contraen dichas leyes, pero que fueron reconocidos por disposiciones anteriores, como son la Ley 171 de 1961 y los Decretos 3135 de 1968 y 434 de 1971, a quienes precisamente por mandato de la Ley 44 de 1977, debe reconocérseles vitaliciamente por sustitución la aludida prestación social, como se verá adelante.

En sentir de la Corporación, la referencia que en la Ley 44 de 1977 se hace a las mencionadas leyes, tiene como finalidad indicar que la sustitución pensional de que trata, quedaba sometida al régimen contenido en ellas, esto es, que esa prestación adquiría el carácter de vitalicia respecto de todos los beneficiarios previstos en la Ley 171 de 1961 y los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 434 de 1971, toda vez que el art. 1° de la Ley 44 de 1977 no consagró excepción alguna en relación con los mencionados beneficiarios, pues, indiscriminadamente, vale decir sin excluir a los padres, hermanos inválidos y hermanas solteras indigentes del pensionado fallecido, dispuso que tenían vocación a disfrutar de la sustitución pensional quienes tuvieran el derecho causado o hubieran disfrutado de la sustitución pensional prevista en los estatutos citados.

Entonces, resulta desacertado tomar la remisión que la Ley 44 hizo a las Nos. 33 de 1973 y 12 de 1975, en el sentido de exceptuar de la sustitución pensional a que ella se refiere a los padres, a los hermanos inválidos y hermanas solteras que dependían económicamente del empleado fallecido, por cuanto ello implicaría el desconocimiento de un derecho que les ha sido reconocido por la ley, del cual no han sido despojados por obra de la misma.

Por el contrario, la correcta inteligencia de la norma comentada debe ser que, a partir de su vigencia, quienes tenían derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto Ley 3135 de 1968 y del Decreto Ley 434 de 1971" -cual es el caso *sub-judice*- son beneficiarios de la sustitución pensional vitalicia, mientras no se presente alguna de las causales de extinción del derecho, como lo sería respecto a la hermana soltera del pensionado, la circunstancia de adquirir recursos económicos que le permitan su subsistencia sin necesidad de la pensión; no otra cosa significa la expresión "tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y de la Ley 12 de 1975".

De acuerdo con lo expuesto, por no configurarse la causal de revisión invocada, no prospera el recurso extraordinario de revisión propuesto por la Caja

Nacional de Previsión Social contra la sentencia de 7 de febrero de 1986, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá dispuso el reconocimiento vitalicio de la sustitución de la pensión de Hortensia Perilla Gutiérrez a favor de su hermana Ceila Perilla Gutiérrez.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Caja Nacional de Previsión Social contra la sentencia del 7 de febrero de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por la cual se dispuso que la entidad mencionada reconozca a Ceila Perilla Gutiérrez, en forma vitalicia, la pensión mensual de jubilación que había disfrutado como beneficiaria de Hortensia Perilla Gutiérrez.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 12 de diciembre de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD/ HOSPITAL REGIONAL/ RENUNCIA - Aceptación/ **COMPETENCIA**

Legalmente se le asigna a la Junta Seccional el nombramiento y, por ende la aceptación de la renuncia le compete a la autoridad que hizo dicho nombramiento; y la circunstancia de que la Junta haya ordenado al Jefe del Servicio Seccional de Salud la ejecución de su decisión de aceptar la renuncia presentada por el actor; en nada modifica el alcance del acto ni su validez.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., enero veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz*.

Referencia: Expediente No. 2639. Departamento del Tolima. Actor: Jesús María Hernández Feria.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por JESUS MARIA HERNANDEZ FERIA, mediante apoderado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 24 de febrero de 1987, dentro de la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral.

Se observa en la demanda que el actor pide la nulidad de:

- El Acuerdo No. 03 del 7 de mayo de 1985, expedido por la Junta Seccional de Salud, por la cual se le ordena al Jefe del Servicio Seccional de Salud del Tolima "aceptar la renuncia presentada por el doctor 'JESUS HERNANDEZ FERIA', del cargo de Director General U.R.I. del Hospital Regional 'FEDERICO LLERAS ACOSTA' de Ibagué, a partir del 7 de mayo de 1985, con una

asignación mensual de $80.730.oo; y nombrar en el mismo cargo, a partir de la fecha de posesión al doctor HERNAN ARBELAEZ LONDOÑO...".

- La Resolución No. 000966 del 7 de mayo de 1985 expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Tolima, por la cual se le aceptó la renuncia presentada por el actor, del cargo de Director General de la Unidad Regional Integrada de Salud -URI- del Hospital Regional FEDERICO LLERAS ACOSTA, "con sujeción- para su validez, a la aprobación del Ministerio de Salud".

- La Resolución No. 000967 del 7 de mayo de 1985 expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Tolima, con la cual se produce el nombramiento del doctor HERNAN ARBELAEZ LONDOÑO en el citado cargo que venía desempeñando el demandante.

- La Resolución No. 07480 del 14 de mayo de 1985 expedida por el Ministro de Salud, donde se aprueban las precitadas resoluciones 000966 y 000967 de 1985.

De igual manera el actor en la demanda solicita:

- Se condene al Departamento del Tolima para que sea reintegrado "al cargo de Director General U.R.I. del Hospital Regional 'FEDERICO LLERAS ACOSTA' de Ibagué"; y al reconocimiento de todos los emolumentos salariales con sus incrementos, dejados de percibir "durante su desvinculación".

- Se declare que no ha existido solución de continuidad, para todos los efectos legales, "todo el tiempo durante el cual permaneciere el actor desvinculado del servicio, por razón de los actos impugnados".

- Se prevenga a la entidad demandada para que cumpla el fallo definitivo, ejecutándolo conforme a derecho, "especialmente en lo relacionado con los intereses comerciales -ordinarios y moratorios- y con el 'ajuste de valor'."

Los hechos y omisiones en que el demandante fundamenta la demanda aparecen a folios 13, 14, 15, 16, 17 y 18 del expediente en referencia.

El actor cita en la demanda como normas quebrantadas las siguientes:

- Los artículos 2°, 16, 17, 20, 26, 30, 51 y 62-2 de la Constitución Nacional, relacionados con los "Actos Administrativos".

- Los artículos 181, 194-2, y 215 de la Constitución Nacional, sobre el "Vicio de Incompetencia".

- El Decreto Ley 056 de 1975; Decreto Ley 350 de 1975; Decreto Reglamentario 1468 de 1979; y Decreto Extraordinario No. 783 de 1983, "proferidos por el Gobierno Departamental del Tolima".

- El "artículo único de la Ley 74 de 1968", el artículo 3° del Decreto Ley 1260 de 1970; y el "Art. 1° del Acto Legislativo No. 1 de 1975; y por los artículos 1° y 2° de la Ley 27 de 1977" relacionados con la "lesión de la individualidad del actor".

El actor fundamenta la violación en las siguientes razones:

- En que el acto acusado quebranta los referidos preceptos constitucionales tanto por "la entidad demandada al proferir una serie de actos violatorios de la Constitución y de la ley, como por el Ministerio de Salud Pública, al aprobarlos, en ejercicio de supuestas -que no reales- atribuciones legítimas".

- Que en el acto demandado aparece clara "la causal de anulación de competencia" porque no se acataron los preceptos constitucionales previstos en los artículos 2°, 20 y 182 consagratorios tanto de la responsabilidad de los funcionarios como de la autonomía de las Seccionales con facultades para "nombrar" y "separar" a los empleados a su servicio y, porque en el caso particular, el acto acusado se opone al precepto "supralegal del artículo 194-2" que dispone que la potestad para nombrar y remover funcionarios en el orden departamental radica exclusivamente en el respectivo gobernador.

- Ninguna disposición legal le atribuye expresamente al Ministerio de Salud la competencia para que apruebe un acto que constitucionalmente es privativo del gobernador y en ese orden estima violado el literal e) del artículo 18 del Decreto Ley 056 de 1975, cuyo mandato "facultó a las Juntas Seccionales de Salud para nombrar el Director de los Hospitales que no sean sedes de Facultad de Medicina, y que funcionen como entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud, de terna elaborada por la Junta del respectivo Hospital y el Jefe del Servicio Seccional de Salud", situación que, según la demanda, no se dio en el caso en cuestión por cuanto no se elaboró la terna ni se presentó correctamente.

- El Jefe del Servicio Seccional de Salud al votar en la Junta y expedir los actos administrativos autorizados por ésta, rebasó el alcance legal del literal f) del artículo 14 del Decreto Ley 056 de 1975.

- El Gobierno Departamental del Tolima al proveer un "cargo de carrera sin procedimiento de selección ni con carácter provisional". Incumplió los artículos 48 y 112 del Decreto Reglamentario 1468 de 1979 y 153 del Decreto Extraordinario 783 de 1983, expedidos por el Gobierno Departamental.

- Al suprimirle el "segundo componente del nombre (MARIA)" se violaron el artículo único de la Ley 74 de 1968 y el artículo 3° del Decreto Ley 1260 de 1970, de donde concluyó que, el actor "nunca ni jamás ha sido desvinculado válidamente del servicio, por cuanto jurídicamente hablando" (...) se trata de una persona distinta.

El Tribunal del conocimiento negó las peticiones de la demanda, en sentencia del 24 de febrero de 1987 (fls. 98-107), fundamentado en las siguientes razones:

- La inexistencia de vicio alguno de incompetencia en la expedición de los actos acusados "por cuanto desde cuando se organizó el Sistema Nacional de Salud, se estableció que los funcionarios y empleados (...) serían nombrados y removidos por los organismos de dirección del mismo" (...) y porque de conformidad con el artículo 82 del D.L. 694 de 1975, "la autoridad nominadora, en este caso la Junta Seccional de Salud, tiene competencia para aceptar renuncias que fue lo que ocurrió" en el *sub-lite*.

- En relación con la designación de quien reemplazó al demandante sostiene el Tribunal que se "podría enervar únicamente la elección del doctor Arbeláez Londoño y no la aceptación de la renuncia presentada por su antecesor".

- "Respecto a la lesión de la individualidad del actor debido a que los actos acusados se refieren a 'JESUS HERNANDEZ FERIA' y no a 'JESUS MARIA HERNANDEZ FERIA', que es el verdadero nombre, carece de respaldo alguno" (...) por cuanto en el expediente aparece demostrado que el actor en los actos públicos (nombramiento y renuncia) utiliza su nombre sin el componente "MARIA".

Esta sentencia fue apelada por la parte demandante, argumentando, entre otras razones:

- Que "la aceptación de renuncia del actor y la 'elección' de su reemplazo, tuvo ribetes de encerrona" (...).

- Que si bien el Gobernador del Departamento intervino en las decisiones cuestionadas, "no lo hizo en ejercicio de una función propia, sino derivada de su condición de Presidente de la Junta Seccional de Salud", permitiendo con ello "el desplazamiento de su competencia funcional como Gobernador a un orga-nismo consultivo, incompetente para nombrar y remover" (...).

- Que en cuanto a la interpretación del Tribunal sobre la elección del doctor Arbeláez Londoño, "sea que fuere nulo el acto de aceptación de la renuncia del actor; o el de la designación de su reemplazo; o ambos, como lo cree firmemente el recurrente, de todos modos se impone por razones de justicia y equidad el restablecimiento del derecho del actor".

"Que respecto de la "lesión de individualidad del actor" sostiene lo dicho en la demanda.

Agotado el trámite de ley, se procede a resolver el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Conforme se dijo anteriormente, la acción de restabecimiento del derecho se apoya en la presunta infracción, por el acto acusado, de las siguientes normas: "artículos 2°, 16, 17, 20, 26, 30, 51 y 62-2 de la Constitución Nacional", relacionados con los "Actos Administrativos"; artículos 181, 194-2 y 215 de la Constitución Nacional, sobre el "Vicio de Incompetencia"; Decreto Ley 056 de 1975; Decreto Ley 350 de 1975; Decreto Reglamentario 1468 de 1979; y el Decreto Extraordinario No. 783 de 1983, "proferidos por el Gobierno Departamental del Tolima"; "artículo único de la Ley 74 de 1968"; artículo 3° del Decreto Ley 1260 de 1970; y el "Art. 1° del Acto Legislativo No. 1 de 1975; y por los artículos 1° y 2° de la Ley 27 de 1977".

El Presidente de la República al ejercer las facultades extraordinarias para organizar el Sistema Nacional de Salud le dio un régimen administrativo especial en sus órdenes nacional, seccional y local, según las voces del D.L. 056 de 1975, asignándole al Ministerio de Salud la potestad de dirigir el Sistema Nacional de Salud.

A su vez, a nivel seccional le corresponde ejercer la dirección a la Junta y al Jefe del Servicio Seccional de Salud, cual es el caso del Tolima.

El Servicio Seccional de Salud además del Jefe tiene una Junta Seccional que, entre otras funciones, le corresponde "nombrar el Director de los Hospitales Regionales que no sean sedes de Facultad de Medicina" (...) según lo prevé la letra e) del artículo 18 del Decreto 056 de 1975.

El actor al invocar la facultad del Gobernador para vincular o desvincular a sus agentes, transcribe algunas sentencias del Consejo de Estado sobre el carácter departamental de los Servicios Seccionales de Salud, tema que no es materia de discusión.

Igualmente el actor alude algunos conceptos de esta Corporación que son anteriores a la expedición de las normas aplicables cuando se expidieron los actos demandados.

No obstante que el Departamento demandado cuando se opone a la prosperidad de las pretensiones, coincide con el demandante en el sentido de que es el Gobernador quien tiene la facultad nominadora, y aunque contrariamente a lo afirmado por aquél estima que si fue dicho funcionario quien le aceptó su dimisión, la Sala concluye que a ninguno le asiste la razón, pues de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 18 del Decreto Extraordinario 056 de 1975, dicha competencia está en cabeza de la Junta Seccional de Salud.

El actor también plantea la excepción de inconstitucionalidad que, según lo afirma, es clarísima por la "ostensible oposición al precepto supralegal del artículo 194-2" y las normas expedidas por el legislador "tanto ordinario como

extraordinario (...) al desconocer la autonomía de las entidades territoriales departamentales; ni desconocer, tampoco, despojándola de ella, la facultad constitucional de 'nombrar y separar' a sus agentes (...) sin grave violación de los preceptos contenidos en los artículos 2°, 20 y 182 del mismo estatuto superior".

Si bien la disposición supralegal citada por el actor atribuye en cabeza del Gobernador del Departamento la función de vincular o desvincular a sus agentes, conviene precisar, de una parte, que por la naturaleza, funciones y jerarquía del cargo desempeñado por el actor, no puede ser considerado como agente del Gobernador y por ende regido por el referido artículo 194-2; de otra parte, no se debe desconocer que el legislador extraordinario al expedir el D.L. 056/75, asignó en el artículo 18 literal e) a las Juntas Seccionales la función de nombrar el Director de los hospitales regionales que no sean sedes de facultad de medicina y que funcionen como entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud, aspectos que encajan dentro del asunto en estudio.

Tomando el sentido constitucional del artículo 182, sobre la independencia de los departamentos para la administración de los asuntos seccionales, en el desarrollo regional y local y la prestación de servicios "en los términos que las leyes señalen", no aparece la presunta "incompetencia de quienes suscribieron los actos impugnados" por la potísima razón de que tales servicios están regulados por disposiciones legales especiales, de donde se infiere que no es viable que pueda prosperar la figura esgrimida por el demandante sobre incompetencia.

En ese sentido también se manifestó el Tribunal Administrativo del conocimiento al no encontrar vicio alguno de incompetencia "por cuanto desde cuando se organizó el Sistema Nacional de Salud, se estableció que los funcionarios y empleados que sirvieron en tales dependencias, serian nombrados y removidos por los organismos de dirección del mismo entendiéndose esto como una descentralización administrativa".

En consecuencia, no fue afortunado el planteamiento del actor sobre la "incompetencia de quienes suscribieron los actos Impugnados", mucho menos, cuando afirma a folio 24, que "la del señor Ministro de Justicia, porque, sin estar facultado expresamente por la ley, resultó aprobando actos de organismos que, a su vez, estaban suplantando la autonomía del gobernador del Departamento del Tolima", situación que no se ajusta a la verdad porque en ningún momento procesal al citado Ministro le correspondió actuar.

El demandante tampoco pudo demostrar que la reunión relacionada en el acta No. 12 del 17 de mayo de 1985, celebrada por la Junta Seccional de Salud, que obra a folio 4, haya sido "atropellada". Además, es un principio elemental que el acta es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, y si bien es cierto que el "Jefe de la Administración Seccional" asistió a la reunión como debía hacerlo, según la precitada acta, no se demostró por parte del demandante que el Jefe del Servicio de Salud hubiese votado al tomar la decisión de

aceptación de la renuncia, ya que, por la presunción de legalidad de los actos administrativos, debe entenderse que las actuaciones de los miembros ocurrieron dentro de la órbita de su competencia, mientras no se demuestre lo contrario, como fue lo que ocurrió en este caso.

No obstante lo anterior, ante el evento -remoto por cierto- de que el Jefe Seccional de Salud hubiese votado no hay que olvidar que la decisión fue adoptada por mayoría y, sin que se contara con el voto del Jefe en mención, de todas maneras la decisión fue adoptada por la totalidad de los miembros con derecho a voto.

Sobre la presentación de la renuncia del actor y su consideración, a contrario de lo expuesto por el demandante, la Sala considera que la norma aplicable no es el artículo 194-2 de la Constitución Política sino el Decreto 056 de 1975, artículo 18, el literal e) que le asigna a la Junta Seccional el nombramiento y, por ende, la aceptación de la renuncia le compete a la autoridad que hizo dicho nombramiento; y la circunstancia de que la Junta haya ordenado al Jefe del Servicio Seccional de Salud la ejecución de su decisión de aceptar la renuncia presentada por el actor, en nada modifica el alcance del acto ni su validez, porque es indudable que aparece clara la voluntad de la Junta en aceptar la renuncia, lo cual lleva a concluir que la resolución del Jefe del Servicio Seccional de Salud fue un acto de ejecución de la decisión adoptada por la Junta. Para la Sala no pasa desapercibido el hecho de que haya sido la misma autoridad que nombró al actor la que le aceptó la renuncia.

En relación con la terna y su presentación, en la forma como lo plantea el demandante, ya el *a-quo* expresó que "la no presentación de dicha terna, podrá enervar únicamente la elección del doctor Arbeláez Londoño y no la aceptación de la renuncia presentada por su antecesor, lo que significa que lo alegado por el actor, es materia que corresponde a otra clase de acción jurisdiccional" (fl. 105); conclusión que comparte la Sala. Igualmente la Sala considera acertadas las razones que movieron al Tribunal al pronunciarse sobre la "lesión de individualidad del actor".

Por lo expuesto la Sala concluye que las pretensiones del demandante no están llamadas a prosperar y, en ese orden, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 24 de febrero de 1987, en el proceso instaurado por Jesús María Hernández Feria contra el Departamento del Tolima.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

REPRODUCCION DEL ACTO SUSPENDIDO/ NOTARIO

Se configura la causal contemplada en el artículo 158 del C.C.A., reproducción del acto suspendido, en relación con el ordenamiento del artículo 1° del Decreto 3047 de 1989 en la parte que dice "salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el siguiente ordenamiento del artículo 1° del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989: "salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E., enero veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 5348. Decretos del Gobierno. Actor: Jorge Hennessey.

El Doctor JORGE HENNESSEY, en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad del artículo 1° del Decreto 3047 de 1989, por el cual se reglamenta el Decreto 960 de 1970.

SUSPENSION PROVISIONAL

Solicita el demandante la suspensión provisional del artículo 1° del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989, por ser reproducción del artículo 75 del Decreto

2148 de 1983, que fue anulado por sentencia de 14 de mayo de 1990, en el proceso 281 (reconstrucción de expedientes Nos. 3825, 1985 y 2996 acumulados) y que anteriormente había sido suspendido "varias veces por el H. Consejo de Estado, como por ejemplo en el expediente No. 10537 por providencia de junio 18 de 1984".

Frente a la sentencia que invoca el accionante, observa la Sala que ésta fue proferida con fecha 14 de mayo de 1990 y el acto cuya suspensión se solicita se produjo con fecha 29 de diciembre 1989, o sea que cuando se expidió el Decreto 3047 de 1989 aún no se había declarado la nulidad del artículo 75 del Decreto 2148 de 1983 y por ello no puede afirmarse que el acto anulado haya sido reproducido por el que ahora se acusa.

No sucede lo mismo con la suspensión provisional decretada por auto de 18 de junio de 1984 en el expediente 10537 que cita el demandante, debido a que este pronunciamiento sí es anterior a la expedición del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989, razón por la cual debe examinar la Sala si el acto acusado reproduce, como afirma el accionante, artículo 75 del del Decreto 2148 de 1983, suspendido por auto del 18 de junio de 1984.

Lo primero que observa la Sala es que la reproducción no es total como puede evidenciarse de la comparación de los dos artículos.

El artículo 75 del Decreto 2148 de 1983 dispone:

"Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios, la de 70 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso."

Y el artículo 1° del Decreto 3047 de 1989 es del siguiente tenor:

"Señálase como edad de retiro forzoso para los notarios la edad 65 años. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, salvo que trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso."

Como puede observarse la segunda norma transcrita, en cuanto se refiere a la primera frase, establece un ordenamiento diferente al que se encontraba suspendido, pues mientras que en ella se señala como edad de retiro forzoso para los notarios, la de 65 años, en el artículo 75 del Decreto 2148 de 1983 se determina la de 70, diferencia que como es lógico, permite establecer que la norma impugnada no fue reproducida en su totalidad.

La diferencia, por otra parte, es sustancial, como quièra que posteriormente á la suspensión, el CONSEJO DE ESTADO al declarar la nulidad de las frases "Señálase como edad de retiro forzoso de los notarios, la de 70 años" y "salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso", en sentencia de 14 de mayo de 1990, expresó:

"Es apenas obvio, por ende, que si la ley, de modo general, ha fijado como edad de retiro forzoso para los servidores públicos la de sesenta y cinco años (65), no puede un decreto reglamentario señalar un límite diferente para que ocurra el fenómeno, y mucho menos prolongar o extender más allá de dicha edad el tiempo de retiro, en el caso de que sobrevenga durante el período para el cual fue designado."

En cuanto al resto del artículo, oberva la Sala que a pesar de ser idéntico al artículo 75 del Decreto 2148 de 1983, sólo hay lugar a suspender la frase "salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso" toda vez que, por virtud de la sentencia de mayo 14 de 1990, únicamente respecto de ésta permanecen los fundamentos legales de la suspensión.

Considera por tanto la Sala que se configura la causal contemplada en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, desde luego que, solamente en relación al ordenamiento del artículo 1° del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989, que se anotó con anterioridad y, en consecuencia

RESUELVE:

1o. Por reunir los requisitos legales, ADMITESE la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad ha incoado el ciudadano y abogado JORGE HENNESSEY.

2o. Notifíquese personalmente al Señor Ministro de Justicia o a su delegado, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo.

3o. Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público.

4o. Fíjese el proceso en lista por el término de cinco días para los efectos del numeral 5° del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

5o. SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el siguiente ordenamiento del artículo 1° del Decreto 3047 de 29 de diciembre de 1989:

"Salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

6o. Comuníquese y cúmplase inmediatamente la orden de suspensión impartida en el numeral anterior, tal como lo dispone el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

Notifíquese y cúmplase.

Aprobado por la Sala en sesión de 23 de Enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynando Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PERSONAL MILITAR/ HOJA DE SERVICIOS - Valor probatorio

Lo que genera derechos no es la hoja de servicios sino el acto administrativo que con base en ella reconoce la prestación; la hoja de servicios es simplemente un documento probatorio que expide la respectiva fuerza respecto de los servicios prestados, cuyas consecuencias jurídicas deben ser evaluadas al resolver sobre la asignación de retiro, y por ello puede ser corregida cuando a ello haya lugar, e incluso objetada en el trámite de la expedición de la resolución de reconocimiento.

La corrección de la hoja de servicios respecto al tiempo de alta se ajusta a la ley, los Decretos 3071 de 1968 (artículo 125), 2337 de 1971 (artículo 130), 612 de 1977 (artículo 146), niegan los tres meses de alta a los militares separados en forma absoluta por sentencia condenatoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E., enero veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 1173. Resoluciones Ministeriales. UNICA INSTANCIA -Reconstrucción-. Actora: Teresa Castro Vda. de Riveros.

La actora, en su calidad de cónyuge sobreviviente del Suboficial 3° de la Armada Nacional CESAR JULIO RIVEROS RINCON y por intermedio de apoderado, en demanda dirigida contra la Nación (Ministerio de Defensa Nacional y Caja de Retiro de las FF.MM.) pidió a esta Corporación hacer las siguientes declaraciones:

"1o.... decretar... la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones números 1545 del 2 julio de 1982 y 2429 (sic) del 6 de octubre de 1982 del Ministerio de Defensa Nacional, de la Hoja de Servicios Militares No. 013 ARC. expedida con fecha 11/MZ/82 con tiempo de 12 años, 03 meses, 07 días, registrada al folio 166 L.01, del auto 235 del 3 de marzo de 1982 suscrito por el Jefe de la Oficina de Prestaciones Sociales, Capitán Alvaro Herrera Gutiérrez, y parcialmente la nulidad de la resolución número 108 del 11 de marzo de 1982 de la Caja de Retiro de las FF.MM. y la declaración de silencio administrativo en cuanto a la solicitud de Teresa Castro v. de Riveros para que le fuera sustitutivamente reconocida su pensión como cónyuge sobreviviente de César Julio Riveros Rincón.

2o. A título de restablecimiento del derecho, disponer dentro del término del artículo 121 del C.C.A., a cargo de la Caja de Retiro de las FF.MM. el pago de la asignación de retiro del 62% del sueldo de actividad del grado de Sub. 3° ARC. desde la fecha de la baja fiscal teniendo en cuenta la hoja de servicios militares número 087 ARC. expedida con fecha 04/NBRE/80 con tiempo de 12 años, 08 meses, 10 días de César Julio Riveros Rincón y concediéndole a Teresa Castro v. de Riveros y de sus hijos menores Jack y Cristian Riveros Castro, esta pensión sustitutiva vencido el término de los tres meses de alta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con carácter vitalicio, sin perjuicio de la corrección monetaria liquidada desde el 1o. de enero de 1974 a la fecha de la sentencia.

3o. Ordenar se compulsen copias auténticas de los actos acusados con destino a la H. Corte Suprema de Justicia para que se investigue el posible delito de falsedad en que haya podido incurrir el Vice Almirante Héctor Calderón Salazar al dar aprobación a la hoja de servicios militares 013 ARC. con tiempo de 12 años, 03 meses, 07 días... E igualmente se compulsen copias auténticas de tales actos administrativos con destino a la Procuraduría General de la Nación, para que se investiguen los presuntos delitos de abuso de funciones públicas y de falsedad en que haya podido incurrir el Capitán Alvaro Herrera...".

HECHOS DE LA DEMANDA, SEGUN RELACION DEL LIBELISTA

"1o. El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 25 de marzo de 1977 y el H. Consejo de Estado, Sección 2a. por sentencia del 11 (sic) de julio de 1980 dispuso formarle hoja de servicios al Sbofl. 3° ARC. César Julio Riveros Rincón y obra en la prueba para esta formación el tiempo de 12 años, 08 meses, 10 días.

2o. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares teniendo en cuenta la Hoja de Servicios Militares No. 087 ARC. con registro Libro 01/Folio 159, con fecha 04/NV/80 con tiempo de 12 años, 08 meses, 10 días y aprobada por

el Comandante de la Fuerza. ...produjo el reconocimiento de asignación de retiro del 62% del sueldo de actividad de dicho grado como aparece en la resolución número 108 del 11 de febrero de 1982, la cual fue consultada al Ministerio de Defensa Nacional y aparece auto 235 del 3 de marzo de 1982 suscrito por el Capitán Alvaro Herrera... Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales... disponiendo se elaborara nueva Hoja de servicios Militares, 'teniendo en cuenta que el H. Consejo de Estado no ordenó incluir los tres (3) meses de alta. Así mismo el Decreto 429/52 no consagra la diferencia del año laboral como lo establece la Hoja de Servicios No. 087 ARC.' Ordena cumplir lo anterior y volver a su Despacho, *lo que no fue notificado a las partes* y se produjo la Hoja de Servicios Militares 013/ARC, con registro al Libro 01/folio 166 con fecha 11/MZ/82 con tiempo de 12 años, 03 meses, 07 días, aprobada por el Comandante de Fuerza Vice Almirante Héctor Calderón Salazar, lo que permitió a la oficina de sustanciación proyectar la resolución número 1545 del 2 de julio de 1982 que aprobó la resolución número 108 de la Caja de retiros de las FF.MM. modificando el porcentaje al 58% en vez del 62% y el tiempo de servicios de 12 años, 08 meses, 10 días a 12 años, 03 meses, 07 días.

3o. Contra esta resolución número 1545 del 2 julio de 1982 se interpuso recurso sustentado de reposición y se presentó tacha de falsedad contra la hoja de servicios número 013 con tiempo de 12 años, 03 meses, 07 días, lo que se denegó mediante resolución número 2429 (sic) del 6 de octubre de 1982, negándose además tramitar el recurso de tacha de falsedad, y abonándole validez a la hoja de servicios con que se suplantó la número 087.

4o. El agravio económico es manifiesto y evidente, como es la disminución de la asignación de retiro del 62% al 58% que afecta el carácter vitalicio de la pensión causada y de la que debe sustituirse."

NORMAS LEGALES VIOLADAS

El libelo refiere como violados estos artículos: 92, 94 y 121 del Código Contencioso Administrativo; 4° y 8° del Decreto 239 de 1952; 2° y 5° del Decreto 429 de 1952; 4° y 10 del Decreto 586 de 1977; 101 y 124 del Decreto 501 de 1955; 53 del Decreto 2335 de 1977; 17, 30 y 169 de la Constitución Nacional y expresa el concepto de esa violación.

ALEGATO DE LA APODERADA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

La representante judicial de la Caja de Retiro de las FF.MM. sostiene que deben negarse las peticiones de la demanda, porque el retiro de CESAR JULIO RIVEROS RINCON se produjo el 15 de febrero de 1956, "cuando todavía no había norma legal que favoreciera su situación" y -además- porque el reconoci-

miento de la asignación de retiro, elaborado por la Caja con base en la Hoja de Servicios inicialmente confeccionada, fue modificado por el Ministerio de Defensa, teniendo en cuenta la segunda Hoja de Servicios realizada, que estaba suficientemente respaldada y había sido hecha por la fuerza respectiva.

CONCEPTO FISCAL

El Fiscal Cuarto de esta Corporación opina que el actor no tiene razón al sostener que la revocación de la primera Hoja de Servicios sin anuencia del titular de los derechos que de ella se derivan, vulnera el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 porque las Hojas de Servicios no generan derechos por sí solas, sino a través de las resoluciones de reconocimiento. Observa que en el caso *sub-lite* la Hoja No. 0087 fue reconocida por la Resolución No. 108 del 11 de febrero de 1982, de la Caja de Retiros que no causaba ejecutoria por sí sola, porque estaba sometida a aprobación del Ministerio de Defensa que la aprobó teniendo en cuenta la Hoja de Servicios No. 013. Concluye que la primera Hoja de Servicios no había causado estado y podía ser modificada por la administración, tal como se hizo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. El expediente fue reconstruido conforme al Decreto 3825 de 1985; no observándose causal alguna que invalide lo actuado, es pertinente proferir fallo.

2a. El libelista fundamenta sus pretensiones en una permisa errónea: que la hoja de servicios es un acto de trámite que causa estado y genera derechos y por ello no puede ser modificada sin anuencia del titular del derecho, ni desconocida por quien deba decidir sobre el reconocimiento de la asignación de retiro. Como bien lo anota la Fiscalía, lo que genera derechos no es la hoja de servicios sino el acto administrativo que con base en ella reconoce la prestación; la hoja de servicios es simplemente un documento probatorio que expide la respectiva Fuerza respecto de los servicios prestados, cuyas concuencias jurídicas deben ser evaluadas al resolver sobre la asignación de retiro, y por ello puede ser corregida cuando a ello haya lugar, e incluso objetada en el trámite de la expedición de la resolución de reconocimiento.

3a. Así se encuentra dispuesto en el Decreto 586 de 1977 artículo 10, literal a) que expresa:

> "a) Expedida la Hoja de Servicios, se enviará a la Caja de Retiro con sus antecedentes para estudio y resolución. Surtido el trámite, el expediente será remitido al Ministerio de Defensa para su correspondiente revisión y aprobación.
>
> Si la Hoja de Servicios no reuniere los requisitos legales, podrá ser objetada por el Ministro en el acto de revisión...".

4a. Y así también se consignó en la sentencia mediante la cual el Consejo confirmó el fallo del Tribunal de Cundinamarca que dispuso conformar la hoja de servicios del actor, en uno de cuyos apartes, citando un fallo proferido en caso similar, se dijo:

> "Pero considera la Sala que es del caso unificar dicha jurisprudencia, en lo que respecta a la formación de la hoja de servicios militares, acogiendo para ello lo resuelto en la sentencia de 10 de marzo de 1979 en el juicio 807, con ponencia del Doctor Alvaro Orejuela Gómez, según la cual 'hoja de servicios militares no es más que un presupuesto necesario para que la Caja de Retiro de las FF.MM. se pronuncie sobre la asignación de retiro... Con la sola formación de la hoja de servicios no está obteniendo el militar dicha prestación, ni este hecho obliga en forma alguna a la Entidad facultada para tal reconocimiento. Es un nuevo acto intermedio que sirve de fundamento para el estudio de la situación jurídica del peticionario... 'Dados estos antecedentes jurisprudenciales... no se darán instrucciones al Ministerio sobre la forma de elaboración de dicho documento que lo hará el Ministerio de acuerdo con su criterio y, desde luego, ciñéndose a las normas legales correspondientes". (copia del fallo se encuentra en el cuaderno No. 2 del expediente.)

5a. Finalmente, encuentra la Sala que la corrección que se hizo de la Hoja de Servicios 087/80 por la Hoja de Servicios 013/82, respecto al tiempo de alta, se ajusta a la ley, como quiera que los Decretos 3071 de 1968 (artículo 125), 2337 de 1971 (artículo 130), 612 de 1977 (artículo 146), niegan los tres meses de alta a los militares separados en forma absoluta por sentencia condenatoria y por ello era pertinente que tal tiempo fuera descontado de la Hoja de Servicios 087, con lo cual la fracción superior a los 12 años resulta inferior a 6 meses y por ello no procede la aproximación a los 13 años para efecto de la liquidación de la asignación de retiro.

6a. Por las consideraciones anteriores, las pretensiones de la demanda deberán denegarse.

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 cúmplase.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión veintitres (23) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Guillermo López Guerra,* Conjuez.

INSUBSISTENCIA - Procedencia/ **FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL/ ESCALAFON** - Renovación

Para la fecha en que fue separado del servicio el demandante, la condición de funcionario perteneciente a la Carrera de Seguridad Social había expirado desde hacía más de ocho meses, pues no solicitó ni obtuvo la renovación de su escalafón en ella. En virtud de su exclusión automática de la aludida carrera, el demandante devino en empleado de libre nombramiento y remoción.

La resolución mediante la cual fue inscrito en la carrera especial de funcionario de seguridad social desborda los preceptos legales que regulan el escalafonamiento en dicha carrera puesto que desconoció el proceso de selección previsto legalmente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá,D.E., enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1549. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: José Antonio Morillo Rodríguez.

José Antonio Morillo Rodríguez, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Risaralda (Fls.6 a 12), solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolucion No. 2813 de 5 de julio de 1983, mediante la cual se declara insubsistente su nombramiento del cargo de Médico Especialista (Cirujano General) Clase III, Grado 38, Especialidades Quirúrgicas Clínica Pío XII, con jornada de 6 horas, de la seccional de Risaralda del Instituto de Seguros Sociales y que

como consecuencia de tal declaratoria se ordene su reintegro al mismo cargo y se condene al mencionado Instituto a pagarle los salarios, primas de servicio y prestaciones legales y convencionales en general, dejados de percibir durante el tiempo en que ha permanecido separado del servicio, y que para todos los efectos prestacionales se considere que "no ha habido solución de continuidad en el cargo y que el pago que se le hizo de Cesantía se tenga como una liquidación parcial de la misma." (Fl. 10).

Como hechos sustentarios de sus pedimentos expresa los siguientes (Fls. 6 y 7):

- El accionante, quien ingresó como médico del Instituto de Seguros Sociales el 1o. de julio de 1976, fue inscrito en la Carrera Administrativa Especial del funcionario de la Seguridad Social, por medio de la Resolución No. 2370 del 13 de octubre de 1980, emanada de la Gerencia General de la Seccional Risaralda de dicho Instituto, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980.

- Por Resolución No. 2813 de 1983, que le fue notificada el 5 de agosto de ese año, su nombramiento en el cargo mencionado fue declarado insubsistente, acto contra el cual interpuso los recursos por la vía gubernativa sin que hayan sido resueltos. Por lo cual y como había transcurrido un mes calendario sin que hubiere pronunciamiento sobre dichos recursos, consideró agotada la vía gubernativa.

En el libelo se citan como normas violadas por el acto impugnado los Artículos 108, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973, el literal d) del Artículo 48, los Artículos 70 a 84, 87, 88, 91 y 124 del Decreto 1651 de 1977.

En el concepto de violación se dice que se quebrantan las normas citadas del Decreto 1950 de 1973, por cuanto el actor no incurrió en ninguna de las causales que ameritan la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleados inscritos en la Carrera Administrativa contempladas en el artículo 240, porque no se oyó previamente el concepto de la Comisión de Personal (artículo 241) y no se motivó la Resolución que contiene la desvinculación del accionante (artículo 242).

En lo atinente al quebranto de los artículos mencionados del Decreto 1651 de 1977, se dijo que se infringió el artículo 40 porque el actor fue "tomado por sorpresa cuando se le informó sobre su insubsistencia y en ningún momento se le garantizó su derecho a la defensa" pues no se adelantó ninguna investigación en su contra, ni se le dio oportunidad de presentar descargos. Se indica también que el acto contentivo de la declaratoria de insubsistencia no se motivó por lo cual se transgreden los artículos 87 y 124, norma esta última que resulta quebrantada "porque se omitió para ella el lleno del requisito exigido por la norma: Que el sancionado hubiera obtenido por dos veces calificaciones no satisfactorias dentro de un período de seis meses. No fue objeto el Doctor Morillo de calificaciones no satisfactorias en los seis meses que antecedieron a su declaración de insubsistencia." (Fl. 9).

El expediente, enviado a esta Corporación por el Tribunal Administrativo de Risaralda en virtud de que, por cuantía, a ésta competía su conocimiento (Fls. 68 y 69), se destruyó en los hechos trágicos del Palacio de Justicia de 6 y 7 de noviembre de 1985, por ello y atendiendo la solicitud de la parte demandante fue reconstruido en los términos previstos en el Decreto 3825 de 1985, disponiéndose que se hallaba en estado de proferir el correspondiente fallo (Fls. 100 y 101) a lo cual se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La controversia gira alrededor de la legalidad de la Resolución No. 2813 de 5 de julio de 1983 (Fl. 53), por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del Doctor Antonio Morillo Rodríguez del cargo de Médico Especialista (Cirujano General) Clase III, Grado 38, Especialidades Quirúrgicas, de la Clínica Pío XII de la Seccional Pereira del Instituto de Seguros Sociales.

Por su parte, el Instituto demandado según se observa en el alegato de conclusión (Fls. 76 a 89), sostiene que el artículo 124 del Decreto 1651 de 1977 que establece que la declaración de insubsistencia de cualquier nombramiento hecho a un funcionario inscrito en carrera, debe efectuarse por medio de Resolución motivada, no es aplicable al accionante, toda vez que para el 5 de julio de 1983, fecha de expedición de la providencia impugnada, no se hallaba escalafonado en la Carrera de Seguridad Social, pues, de acuerdo con el artículo 128 *ibídem*, el escalafonamiento en dicha carrera tiene una vigencia de dos años y cuando el empleado no solicita oportunamente la respectiva renovación o ésta no se efectúa, automáticamente el empleado queda excluido de ella y como el accionante fue inscrito en la referida carrera por Resolución No. 2370 de 13 de octubre de 1980, y no existe prueba de que su escalafonamiento se haya renovado, ello significa que el 13 de octubre de 1982 expiró la vigencia de su inscripción como funcionario de la Carrera de Seguridad Social, convirtiéndose así en un empleado de libre nombramiento y remoción.

Por eso concluye "si el demandante no pertenecía a la Carrera de Funcionario de Seguridad Social, por no gozar de ningún fuero especial de estabilidad en su cargo, podía su nombramiento ser declarado insubsistente libremente, sin que el Director General del Instituto de Seguros Sociales estuviera obligado a motivar el acto que así lo dispusiera, ni a seguir ningún procedimiento especial para tal efecto". (Fl. 84).

Sostiene asimismo, que la declaración de insusbistencia del demandante se produjo por razones del buen servicio, como se desprende de las declaraciones de testigos recepcionadas en el proceso, las cuales evidencian que su rendimiento no era el indicado para el desempeño del cargo de Médico Cirujano, "y como el actor no pertenecía a la Carrera de Funcionario de la Seguridad Social no era necesario seguir ningún procedimiento especial para declarar la insubsistencia de su nombramiento por los motivos expuestos." (Fl. 86).

De conformidad con el material probatorio acopiado al proceso se tiene:

1. El demandante laboró en el Instituto de Seguros Sociales desde el 1o. de agosto de 1976 (Fl. 32), hasta el 5 de julio de 1983, fecha en que por Resolución No. 2813, su nombramiento como Médico Especialista-Cirujano General fue declarado insubsistente (Fl. 53).

2. Mediante Resolución No. 2370 de 13 de octubre de 1980, expedida por el Gerente General de la Seccional Risaralda de ese Instituto, fue inscrito en la Carrera Especial de Funcionario de Seguridad Social, en el cargo de Médico Especialista (Cirugía General), Clase II, Grado (inintelegible) (Fls. 30 y 31).

3. El día 2 de julio de 1983, en la Clínica Pío XII de la Ciudad de Pereira, el Doctor Morillo Rodríguez practicó a un paciente afiliado al Seguro Social una intervención quirúrgica, la cual dados los conflictos sicológicos que presentó el actor, no pudo culminar, razón por la cual debió hacerlo el Doctor León Zapata Llano, también Médico Cirujano y Jefe de la División de Salud de la Clínica citada.

La anterior afirmación puede inferirse con absoluta claridad de las siguientes pruebas:

a) De las propias afirmaciones del demandante, contenidas en el Acta de la Audiencia celebrada el 22 de agosto de 1984, en el Tribunal Administrativo de Risaralda (Fls.15 a 18), diligencia en la cual, después de relatar la actividad cumplida durante el día 2 de julio de 1983 (practica de una cirugía programada y al mismo tiempo turno de cirujano de urgencias), el demandante señala que terminó "operando en la madrugada del día de mi turno y compartir este trabajo y el del paciente anterior con el Dr. anestesiólogo, Delio Fernando López. En un momento determinado esta situación me creó conflictos psicológicos y pude haberme salido un poco de mis casillas y estar de mal humor...".

b) De las atestaciones del Dr. Delio Fernando López Macias, médico anestesiólogo, que en tal condición realizó con el accionante, la operación de una úlcera sangrante al afiliado del Seguro Social a la cual se ha hecho referencia, (Fls. 22 - 22 vuelto y 23), testigo que expresa que dada la "situación de agotamiento físico, angustia y una justificada alteración de su estado de ánimo al encontrar un paciente en situaciones críticas, después de haber estado en la clínica durante varios días y haber sido evaluado por otros cirujanos sin haberle definido su conducta oportunamente", tomó "la decisión de hacer llamar por medio de la enfermera circulante, a otro cirujano para que nos prestara su colaboración".

c) De las declaraciones del Dr. Diego Antonio García Mejía (Fls. 21 - 21 vuelto y 22), médico que sirvió de ayudante en la aludida intervención practicada por el actor, quien manifestó que el Dr. Morillo estaba más agitado que de costumbre, que habiendo llegado al quirófano el Dr. León Zapata "opinó que él

debería continuar la operación porque el Dr. Morillo no se encontraba en condiciones de continuar...".

d) De lo aseverado por el Dr. León Zapata Llano (Fls. 23 vuelto, 24 y 25), como se dijo, Médico Cirujano, Jefe de la División de Sanidad, quien sostiene que el Doctor Delio Fernando (el anestesiólogo) "me solicitó que continuara con dicha cirugía por cuanto consideraba que el Dr. José Antonio Morillo quien la había iniciado, no estaba en condiciones de terminarla. En mi calidad de cirujano no había otra alternativa, sino de pedirle al Dr. Morillo el favor de que se retirara y en tal forma, yo terminé la intervención". Este deponente afirma que el demandante evidentemente se encontraba en estado de embriaguez, de lo cual se dieron cuenta muchas personas en el Seguro.

e) De lo expresado por la enfermera circulante, María Lisbetty López Bermúdez (Fl. 26 y 26 vuelto), quien corrobora el estado de alteración que presentaba el Dr. Morillo durante la intervención quirúrgica referida y afirma que, a solicitud del Dr. Delio Fernando López, llamó al Dr. León Zapata quien concluyó la operación que aquel practicaba a un paciente del Seguro Social.

f) Las alteraciones anímicas padecidas por el accionante en la madrugada del 2 de julio de 1983, en la que practicó la intervención quirúrgica a la cual se ha hecho alusión, se acreditan también con las atestaciones de Luz Alba Yela de Franco (Fl. 27) y Mariela Gómez Badillo (Fls. 27 vuelto y 28), en su orden, enfermera e instrumentadora que colaboraron con el Dr. Morillo en esa operación y con la declaración rendida por Liliana Pardo de Vallejo, Enfermera Jefe de Medicina de Hombres del mencionado centro asistencial. (Fl. 104).

Y continuando con los hechos que aparecen acreditados en autos se tiene:

4. En el libelo no se hace referencia alguna relativa a las razones que llevaron en la Administración a separar del servicio al actor. No obstante, la Sala observa que las pruebas practicadas a solicitud suya, enfilan a acreditar que tal decisión se adoptó por la conducta asumida por el Dr. Morillo durante la intervención quirúrgica que practicó a un paciente, afiliado al Seguro Social, en julio de 1983.

5. El acto de remoción del accionante carece de motivación (Fl. 29). Sin embargo el apoderado de la entidad demandada, en el alegato de conclusión obrante a folios 76 a 89, sostiene que "la necesidad de proveer a los pacientes de las clínicas del Seguro de médicos cirujanos que no realicen intervenciones quirúrgicas en condiciones de "stress", cansancio y mal genio es una de las necesidades de buen servicio público que sirvieron de fundamento a la decisión del Instituto de Seguros Sociales de declarar insubsistente el nombramiento del Doctor José Antonio Morillo Rodríguez, por no ser su rendimiento el necesario para el desempeño del cargo de Médico Cirujano." (Fl. 86).

Puntualizado lo anterior, la Corporación anota que, ciertamente, para la época en que se produjo la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento

(julio de 1983), el actor no gozaba de los privilegios que otorga el escalafonamiento en la Carrera de los Funcionarios de la Seguridad Social. En efecto, el escalafonamiento del actor en ella, había perdido vigencia a la luz de lo dispuesto por el Artículo 128 del Decreto 1651 de 1977, que a la letra reza:

> "De la Renovación del Escalafón. El escalafonamiento de un funcionario en la Carrera establecida por el presente Decreto tendrá una vigencia de dos años, transcurridos los cuales su inscripción podrá ser renovada según la reglamentación que al efecto expida el Gobierno.
>
> Cuando el funcionario no solicitare oportunamente la renovación o ésta no fuere efectuada quedará automáticamente excluido de la carrera."

Entonces si la Resolución No. 2370 de 1980 de la Gerencia Seccional de Risaralda del Instituto de Seguros Sociales, por la cual se inscribió al libelista en dicha carrera, fue expedida el 13 de octubre de ese año por ministerio legal, sus efectos sólo llegaron hasta el 12 de octubre de 1982, esto es hasta después de dos años de haber sido expedida. Por manera, que para el 5 de julio de 1983, fecha en que fue separado del servicio, la condición del demandante de funcionario perteneciente a la Carrera de Seguridad Social había expirado desde hacía más de ocho meses, pues no solicitó ni obtuvo la renovación de su escalafón en ella.

Significa lo anterior, que en virtud de su exclusión automática de la aludida carrera, el demandante devino en empleado de libre nombramiento y remoción. Por tanto, la administración para declarar la insubsistencia de su nombramiento, no requería agotar los trámites previstos por el ordenamiento jurídico para remover, a través de ese mecanismo, a los funcionarios inscritos en la Carrera de Seguridad Social, como erradamente se reclama en la demanda.

De ahí que el acto impugnado no se torna en ilegal por una supuesta inobservancia de tales procedimientos, de cuyo cumplimiento en el presente caso, estaba exonerado el instituto.

De otro lado, la Corporación no puede dejar de observar que la Resolución No. 2370, pretenso sustento jurídico de las reclamaciones del accionante, desborda los preceptos legales que regulan el escalafonamiento en la carrera de funcionarios de Seguridad Social, puesto que desconoció el proceso de selección previsto en el Decreto 1651 de 1977, ya que sin el cumplimiento de los requisitos consagrados en sus artículos 109 y siguientes (concurso, período de prueba, etc.) y habilitando, sin autorización legal (el Decreto 1651 no lo prevé), un lapso de servicio al Instituto, como período de prueba, dispuso la inscripción del actor en la Carrera de Seguridad Social.

Sobre el particular, tanto esta Sección como la Sala Plena de la Corporación, ha sostenido que no es procedente, apoyándose en el Decreto Reglamentario 413 de 1980, reglamentario del Decreto 1651 de 1977, el cual excede, habilitar para efectos de ingreso a la referida carrera ningún período de tiempo servido al

instituto, pues, el ingreso a ella implica el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículo 109 y siguientes del Decreto 1651, así como la participación en el respectivo concurso y la permanencia efectiva en período de prueba, según voces del artículo 108 ibídem.

Precisada la no condición del actor de empleado inscrito en la Carrera de Seguridad Social, resta establecer si el motivo que originó su desvinculación de la entidad demandada coincide o no con la noción del buen servicio público que, de acuerdo con los postulados legales, debe inspirar al nominador cuando ejecuta la facultad de libre nombramiento y remoción de que está investido respecto de empleados no amparados por fuero de relativa estabilidad.

Para el Consejo de Estado es un hecho demostrado que el demandante presentó en el episodio acaecido el 2 de julio de 1983, relatado por él y por los testigos dentro del proceso, una incuestionable alteración anímica, lo cual independientemente de las razones que la motivaron (embriaguez, cansancio, stress, enfado, etc.), evidencia que con funcionarios que presenten tales deficiencias en su personalidad, además de resultar arriesgado, es difícil prestar adecuadamente el servicio encomendado al Instituto, sobre todo en lo que respecta a los de cirugía por cuanto en tratándose de intervención quirúrgica, como era el caso de la requerida por el afiliado al Seguro Social atendido por el actor en la fecha antes señalada, la vida del paciente depende exclusivamente del profesional que practica y dirige la intervención, quien además de poseer los conocimientos específicos requeridos al efecto, indudablemente debe hallarse en condiciones personales satisfactorias e idóneas, porque solo así puede garantizarse el éxito de su labor profesional.

Pues bien, si la Administración constató que el demandante se presentó a realizar y practicó una intervención quirúrgica durante el turno que como Médico Cirujano estaba obligado a cumplir en la Clínica Pío XII de la ciudad de Pereira, el 3 de julio de 1983, en condiciones personales que le imposibilitaron terminar la aludida intervención, esto significa que la vinculación del accionante como Médico Especialista en Cirugía, no le garantizaba al Instituto una efeciente prestación del servicio de cirugía que por ley debe dar a sus afiliados, de ahí que con su remoción no solo se propendía a la adecuada prestación de dicho servicio, sino que se preveían posibles conflictos generados en la forma ineficiente, que en virtud de los conflictos sicológicos que aquel acusaba, podrían presentarse.

De suerte que en criterio de la Sala, la declaración de insubsistencia del nombramiento del doctor Morillo como Médico Cirujano, se enmarca dentro de los parámetros que delimitan la noción del buen servicio público y, por tanto, el acto administrativo que la contiene se ajusta al ordenamiento jurídico regulador de esta materia.

Finalmente, y en cuanto hace a la pretendida caducidad de la acción a la cual se refiere el demandado en el alegato de conclusión, se advierte que tal fenómeno jurídico no se dio en el sub-lite, porque si bien, el recibo de la demanda

por el Consejo de Estado y su admisión ocurrieron después de vencido el término mencionado, lo cierto es que aquella se presentó oportunamente ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, el cual en cumplimiento de las normas legales que regulan este tópico, la envió por competencia derivada de la cuantía de la acción, a esta Corporación, que por esta razón asumió el conocimiento del proceso.

No se cuenta con el escrito de contestación de la demanda, por lo cual es imposible establecer si la caducidad de la acción se propuso como excepción en su oportunidad. Por consiguiente, la Sala se limitará a los anteriores comentarios, solo para no pasar inadvertido lo dicho por la parte demandada en su alegato de conclusión.

Por último, se advierte que no es dable efectuar el análisis de la supuesta transgresión de las normas del Decreto 1950 de 1973, señaladas en el libelo como quebrantadas por la Resolución impugnada, porque dichas normas no se aplican a los funcionarios de la Seguridad Social, toda vez que el Decreto 1651 de 1977, regula en los aspectos a los cuales dichas normas se refieren, lo concerniente a la administración de personal de tales empleados.

De acuerdo con 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. Niéganse las súplicas de la demanda presentada por José Antonio Morillo Rodríguez contra el Instituto de Seguros Sociales, encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 2813 de 1983, proferida por la Seccional de Risaralda, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Médico Especialista (cirujano general) Clase III, Grado 38, Especialidades Quirúrgicas de la Clínica Pío XII de la ciudad de Pereira.

2. Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del doce (12) de diciembre de mil novecientos novecientos noventa (1990).

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, No asistió; *Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER

La desviación de poder se presenta cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin requerido por la ley, sino en busca de logros diferentes. Según lo ha reiterado esta Corporación, la alegada desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos "consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto". En el caso de autos sí se comprobó la desviación de poder y ella conlleva la anulación del acto que además, debía estar precedido y no lo estuvo, de autorización del Ministerio de Salud. La aprobación posterior no suple este requisito.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4078. Autoridades Departamentales. Actor: Eduardo Pinzón Espinel.

Eduardo Pinzón Espinel, a través de apoderado, en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Boyacá solicitó la declaración de nulidad de la Resolución No. 1201 del 4 de julio de 1985, expedida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de ese Departamento, por la cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Coordinador Técnico; para que, como consecuencia de esa nulidad, sea restituido al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, se ordene pagarle todos los emolumentos dejados de devengar por

causa de esa insubsistencia y se declare la no solución de continuidad en sus servicios.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de noviembre 22 de 1988, accedió a las peticiones de la demanda.

Esta sentencia fue enviada en consulta a esta Corporación, luego de no haberse concedido el recurso de apelación interpuesto, por falta de poder que habilitara al recurrente para representar a la entidad territorial demandada (fls. 111 y 112 cdno. ppal.).

Tramitada la consulta y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se entra a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Son tres los fundamentos de la demanda:

a) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo que desempeñaba en el Servicio Seccional de Salud del Departamento de Boyacá, fue proferida sin que se permitiera al demandante el ejercicio del derecho de defensa, a pesar de habérsele imputado la comisión de falta disciplinarias por el señor Gobernador de dicho Departamento y el Presidente de la Junta de ese Servicio Seccional; b) existió desviación de poder, producto de la conducta asumida por el Gobernador y la Junta del Servicio Seccional de Salud, al aprobar una solicitud de destitución inmediata; c) la declaratoria de insubsistencia debía estar aprobada previamente por el señor Ministro de Salud.

Se invocaron como disposiciones violadas por el acto administrativo impugnado, los artículos 1° del Decreto 3674 de 1968, 105 del Decreto 1950 de 1973, 77 del Decreto 694 de 1975, 1°, 2° y 13 de la Ley 13 de 1985, 1° y 3° del Decreto 482 de 1985, y 20 de la Constitución Política (fls. 39 y 40 ibídem).

La sentencia que se consulta favoreció las pretensiones del actor, considerando que, mediante el acto acusado se desvinculó del servicio al señor Pinzón Espinel sin previa investigación disciplinaria de las faltas que se le endilgaron, y también porque se configuró desviación de poder y el Ministerio de Salud no aprobó previamente el retiro (fl. 99).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo expresa que en el caso *sub-examine*, está plenamente demostrado que la Administración incurrió en desviación de poder al declarar insubsistente el nombramiento del actor en el cargo que desempeñaba en el Servicio Seccional de Salud.

La Sala observa que, cuando se produjo el acto acusado, el señor Eduardo Pinzón Espinel era funcionario sujeto al régimen de libre nombramiento y remo-

ción. No se encontraba inscrito ni escalafonado en carrera, no gozaba de período fijo, ni tenía fuero de estabilidad.

Según se ha dicho en múltiples ocasiones, cuando se declara insubsistente un funcionario de libre nombramiento y remoción, se presume que la medida se adopta en procura del buen servicio y de conformidad con la facultad discrecional de que goza la Administración, sin embargo, tal presunción admite prueba en contrario.

Uno de los ataques centrales de la demanda contra el acto acusado se dirige a sostener que la declaratoria de insubsistencia, se hizo con desvío de poder.

La desviación de poder se presenta cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin requerido por la ley, sino en busca de logros diferentes. Según lo ha reiterado esta Corporación, la alegada desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos "Consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto".

Quien alega abuso o desviación de poder debe probarlo a satisfacción.

Consta en autos que el Doctor Eduardo Pinzón, en su calidad de Coordinador Técnico del Servicio de Salud intervino en investigaciones que tenían que ver con irregularidades en los Hospitales de Tunja y Sogamoso.

Que el señor Gobernador del Departamento en reunión de la Junta Seccional de Salud del Departamento de Boyacá llevada a efecto en 4 de julio de 1985 se refirió a tal investigación y creyó conveniente darla a conocer a la opinión pública, para lo cual fue autorizado por la Junta.

Pero al mismo tiempo, solicitó al Jefe del Servicio Seccional de Salud la destitución inmediata del Doctor Eduardo Pinzón "...en razón a que ha violado las normas de respeto y la reserva administrativa sobre determinaciones de la Junta sin que antes se haya aprobado la respectiva acta donde quedaron plasmadas...".

Hizo esta afirmación por haber manifestado el Doctor Pinzón que dos de las personas que el señor Gobernador había delegado para la investigación en los hospitales, tenían hijos vinculados al hospital y por tanto no debían conocer del asunto.

Ante estas evidencias puede concluirse que la declaratoria de insubsistencia del señor Pinzón no obedeció propiamente a razones de buen servicio sino, por el contrario, a su empeño para que la investigación acerca del funcionamiento de los hospitales llegara a feliz término; y porque sus declaraciones molestaron al Gobernador y a algunos miembros de la Junta.

Pero es claro que por encima de las susceptibilidades de los funcionarios y de consideraciones personales estaba el interés de la comunidad en el buen funcionamiento de los centros hospitalarios.

En todo caso, las observaciones del Doctor Pinzón y su divulgación no ameritaban su retiro del servicio porque con el no se contribuía al mejoramiento del mismo.

Por eso estima la Sala que sí se comprobó la desviación de poder en este caso y ella conlleva la anulación del acto que además, debía estar precedido y no lo estuvo, de autorización del Ministro de Salud Pública. La aprobación posterior no suple este requisito.

La decisión del Tribunal fue entonces acertada y en consecuencia amerita confirmación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-, de acuerdo con el concepto Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 22 de noviembre de 1988, dentro del proceso iniciado por el señor Eduardo Pinzón Espinel.

Adiciónase la sentencia en el sentido de ordenar que de las sumas adeudadas al señor Eduardo Pinzón Espinel por concepto de sueldos y prestaciones dejados de devengar, deberá descontarse lo que él hubiere recibido de entidades públicas por concepto de sueldos y prestaciones u honorarios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la C.N.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de... (sic).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER/ MOVIL POLITICO

Si resulta en un juicio contencioso administrativo suficientemente probado que la declaratoria de insubsistencia de un empleado público no vinculado a carrera, de un cargo que no tenga cabal relevancia política (tienen esta característica, por ejemplo, los Ministros del Despacho, Jefes de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerio y de Departamentos Administrativos, Gobernador, Secretarios de los Despachos de éstos, Intendentes, Comisarios, Gerentes de Empresas Industriales o Presidentes de Establecimientos Públicos y otros similares), se debió a móviles eminentemente partidistas o grupistas, es de concluir que se alejó del fin del buen servicio público que sc presume guía a la Administración al proferir actos discrecionales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E., primero (1o.) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejo Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4801. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: Daniel Avellaneda Correa.

Decide la Sala la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá con fecha tres (3) de noviembre de 1989, que accedió a las súplicas de la demanda en el proceso de restablecimiento del derecho de carácter laboral promovido por Daniel Avellaneda Correa contra la Industria Licorera de ese departamento.

Las peticiones del actor se encaminaron a obtener la nulidad de la resolución No. 1277 de 30 de diciembre de 1986, mediante la cual se declaró insubsistente

el nombramiento del actor como abogado auxiliar de la Oficina Jurídica, lo mismo que de la Resolución No. 134 de 12 de febrero de 1987 por la cual se negó el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra la anterior, y, a que, como consecuencia de las nulidades impetradas y a título de restablecimiento del derecho, a que se le reintegre a dicho cargo y a que se le paguen los salarios, prestaciones sociales, primas y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se produjo su desvinculación del servicio hasta cuando sea reincorporado al mismo, sin solución de continuidad.

ANTECEDENTES:

Como hechos en la demanda se relacionan los siguientes:

"1. Mediante la Resolución No. 245 del 25 de abril de 1986 fui nombrado como Abogado Auxiliar de la oficina Jurídica de la Industria Licorera de Boyacá, posesionándome el día 8 de mayo de 1986.

"2. En el momento del despido o insubsistencia desempeñaba el cargo de Abogado Auxiliar de la oficina jurídica de la Licorera, con un sueldo básico mensual de $48.000,oo pesos y $48.000.oo pesos de gastos de representación.

"3. Por medio del oficio No. 18180 del 30 de diciembre de 1986 fui notificado que por medio de la Resolución No. 1277 de fecha diciembre 30 de 1986 había sido declarado insubsistente a partir del 1o. de enero de 1987.

"4. El día 13 de enero de 1987, mediante oficio solicité la derogatoria de la Resolución No. 1277, agotando de esta manera la Vía Gubernativa. Mediante oficio No. 0784 del 12 de febrero de 1987 en (sic) Asesor Jurídico de la Industria me comunicó que mediante Resolución No. 134 de febrero 12 del año en curso no se revocaba la determinación de insubsistencia quedando así agotada la Vía Gubernativa, habilitándome para iniciar la presente acción.

"5. Los primeros días del mes de septiembre el Abogado Secretario sustanciador Luis Francisco León Fajardo -quien pertenece al mismo grupo político Liberal al que pertenece el Señor Gerente Dr. Rafael Humberto Fonseca Borrás- me dijo que ivan (sic) a despedirme por la reestructuración de la planta de personal y que lo ascendían al cargo que el suscrito desempeñaba; sin que en dicha reestructuración se acabara o suprimiera el cargo de (sic) ejercía.

"Para mediados del mes de diciembre que ya se había hecho la reestructuración, el Abogado Luis Francisco León Fajardo volvió y me manifestó que ivan (sic) a despedirme de la Empresa porque como habían suprimido el cargo que él ocupaba y no podían despedir a la Dra. Carmen Yamile Perico, por encontrarse embarazada y quien desempeñaba el mismo cargo que el

Abogado LUIS FRANCISCO LEON FAJARDO, me despedían para él ascender y ocupar el cargo de Abogado Auxiliar, que venía el suscrito desempeñando.

"6. El día 29 de diciembre del año pasado me encontraba frente a las Ins-talaciones de la Gobernación del Departamento en compañía del señor GILBERTO MONTAÑES GONZALEZ, en ese momento salió el señor Gerente Doctor RAFAEL H. FONSECA BORRAS, de la Licorera y me dijo que lamentaba la situación de los conservadores en la Industria porque se iva (sic) a producir una Resolución declarándome insubsistente, a lo cual le contesté que cual era el motivo para que me despidieran sino existía ninguna causa justificable, le solicité que no me despidiera en esa época que me permitiera laborar el mes de enero y febrero del año en curso, a lo cual me contestó que ahí iva (sic) a ver y se alejó del sitio de donde me encontraba, circunstancia que fue escuchada por el Señor GILBERTO MONTAÑES CONZALEZ.

7. Durante el tiempo que presté mis servicios a la Industria, como Abogado Auxiliar de la Oficina Jurídica (sic), desempeñé mis funciones con la más alta idoneidad que requería el ejercicio del cargo, sin que a la fecha de la declaratoria de insubsistencia tuviera llamado de atención alguno, por infracción a los reglamentos de la industria o por deficiencia en el desempeño del cargo.

"8. El señor Gerente al no encontrar justificación legal para despedirme optó por declararme insubsistente, en un evidente acto de Abuzo (sic) de Poder, en desarrollo de la filosofía política de Partido de Gobierno, tomó la desición (sic) política de decretar mi insubistencia por el solo hecho de ser conservador; poniendo en evidencia la animalversión (sic) política contra los empleados de la industria de filiación conservadora, entre los que se encuentran GILBERTO MONSALVE, JAIRO PUERTO, el suscrito para no citar los demás que han sido despedidos por la Administración Fonseca Borrás."

DE LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas se reseñan en la demanda los artículos 17, 20 y 30 de la Constitución Nacional; 25 literal a; 45, literal f; 53, numerales 1° y 3°; y 107 inciso 1° del Decreto 1950 de 1973. Y en el desarrollo del concepto de violación se dice:

"Es del caso entrar a analizar en qué consiste la Desviación de poder que para algunos autores como JAIME VIDAL PERDOMO, lo define así: "Hay desviación de Poder cuando el agente obrando por competencia, se aparta del fin previsto en la norma, o del motivo origen de la misma competencia; es decir cuando el cato (sic) no guarda armonía con el fin o la necesidad

que se pretende colmar. Como en el fondo lo que existe es un ejercicio regular de poder, la desviación es exceso de poder." Que nuestro ordenamiento Administrativo lo contempla como: "Desviación de las atribuciones propias del funcionario." Parte final del inciso 2° del Art. 84 del C.C.A. De acuerdo con estos parámetros tenemos que existió DESVIACION DE PODER, por parte de la Gerencia de L-a (sic) Industria en la declaratoria de insubsistencia del suscrito, por tres (3) razones fehacientes: Primero.- Por la animalversión (sic) política desatada por la Gerencia de la Industria contra los empleados de filiación conservadora a la cual pertenezco. Segundo.- Por favorecer abiertamente al Abogado sin título Luis Francisco León Fajardo y Tercero.- Porque el señor Gerente de la Licorera Dr. RAFAEL H. FONSECA BORRAS, usó el poder discrecional que tiene sobre los empleados de Libre Nombramiento y Remoción no para mejorar la prestación del Servicio Público, sino para fines políticos, como fue para favorecer ascendiendo a un funcionario de filiación liberal perteneciente al grupo que pertenece al Señor Gerente, como es el caso del abogado Luis Francisco León Fajardo, quien ocupaba el cargo de secretario sustanciador y fue nombrado en mi reemplazo como Abogado Auxiliar de la Oficina Jurídica de la Licorera, sin reunir los requisitos para ejercer el cargo; violando en forma directa el Decreto 1950 de 1973. Como vemos Honorable Magistrado ponente es evidente que en la declaratoria de insubsistencia del suscrito la Gerencia de la Licorera incurrió en desviación del poder, circunstancia que es suficiente para decretar la nulidad de las resoluciones impugnadas y en consecuencia se me restablezca (sic) mi derecho de acuerdo al *petitum* de la demanda.

El doctor JAIME VIDAL PERDOMO, en su obra Derecho Administrativo Pág. 89 dice: "Hay igualmente desviación de poder cuando se produce un acto para beneficiar a un tercero." razonamiento más que lógico porque se usa el poder en forma equivocada y por demás en forma irregular, que en el caso Sub-judice, eso fue lo que sucedió se benefició a LUIS FRANCISCO LEON FAJARDO, si la Gerencia no lo hubiera querido favorecer no me hubiera declarado insubsistente; es del caso volver a citar lo expuesto por el profesor Jaime Vidal Perdomo en su obra de derecho Administrativo: "Aquí cabe asi mismo todos los actos inspirados en la pasión política. En (sic) porque aquí no es extraño que las facultades que la Ley concede a los funcionarios se empleen por estos en su propio interés, en el de sus parientes o sus amigos. El compadrazgo es un mal que roe la Administración. El juego de las intrigas, de las palancas, es normal en este País." Pág. 90.

Respetuosamente manifiesto al Honorable Tribunal que el caso del suscrito no es sino el caso típico descrito anteriormente por el Profesor Vidal Perdomo, pues se me declaró insubsistente no para MEJORAR LA PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO, sino para DESMEJORARLO Y FAVORECER AL AMIGO Y COPARTIDARIO del señor Gerente Dr. RAFAEL H. FONSECA BORRAS; con estas afirmaciones categóricas pruebo

una vez más que el decreto mencionado fue violado en su articulado enunciado por la gerencia de la Industria Licorera de Boyacá.

En cuanto a las normas constitucionales tenemos:

El Art. 17 consagra la protección al trabajo, la insubsistencia o retiro del servicio en forma alguna constituye protección, sino desprotección para el funcionario y su familia que deriva su sustento (sic) del salario que devenga, máxime cuando no existen causas para su separación sino que se hace en forma unilateral y en forma por demás ilegal como en el caso que nos ocupa.

En cuanto al Art. 20, nada más clara su violación cuando el funcionario obligado y productor del acto desborda sus propias facultades, es decir incurre en desviación de poder o desacata el orden pre-establecido, ya que los actos de la Administración en ningún momento pueden ser irregulares, sino que deben estar sujetos a las normas, estatutos regalmentos (sic) y demás que se expidan, se demuestra la violación de este precepto con el hecho simple de haberse apartado del espíritu de la figura de la insubsistencia de conformidad con el poder discrecional que tiene la Administración, que se debe usar para mejorar la prestación del servicio.

En cuanto al Art. 30, se preceptúa sobre el derecho adquirido, entendido como tal, aquel derecho que se incorpora a una persona bajo el amparo de una norma sustantica (sic), nada más claro su violación, ya que en virtud de lo analizado hasta aquí, existen normas especiales que amparan la estabilidad de los funcionarios, se crea el sistema de ingreso y retiro del servicio, que para el presente caso es el (sic) mejoramiento de la prestación del servi-cio, que el señor Gerente de la Licorera violó por incurrir en exceso de poder, pese a que el suscrito en escrito de agotamiento de la Vía Gubernativa puse en conocimiento de que se podían corregir los actos expedidos y se me reintegrará, cosa que se me negó sin ningún argumento jurídico, sino que limitó a decir, que el cargo esta comprendido dentro de la clacificación (sic) de empleados públicos.

Como las violaciones y la causal para decretar la nulidad de las Resoluciones Nos. 1277 y 134 del 30 de diciembre de 1986 y del 12 de febreo (sic) del año en curso respectivamente, estan plenamente demostradas, no es necesario recurrir a mayores explicaciones y argumentos, para concluir de que son procedente (sic) las súplicas del libelo por estar en todo ajustadas a derecho y en justicia, por lo tanto ruego al Honorable Tribunal se sirva despachar favorablemente las pretenciones en bien del derecho tutelado del suscrito."

LA SENTENCIA CONSULTADA:

Empieza el Tribunal su providencia haciendo un breve análisis de la facultad discrecional de que goza la administración para nombrar y remover libremente

a sus servidores cuando sean de libre nombramiento y remoción, que de ninguna manera debe ser equivalente a arbitrariedad. Y que cuando esa discrecionalidad no responde a los fines propios de la administración, como es el interés general, se incurre en desviación de poder, que es lo invocado por el demandante como vicio que afecta a los actos impugnados, lo cual acoge el Tribunal para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, en los siguientes términos:

"Tenemos entonces que cuando hay un cargo de libre nombramiento y remoción se dá en términos generales la discrecionalidad, para declarar la insubsistencia aún sin motivar el acto, como lo tiene establecido nuestro Consejo de Estado. Pero si el agente ha obrado no por un fin tendiente al mejoramiento de la administración, sino por un fin distinto y aparece, de las pruebas allegadas al proceso, que se ha incurrido en desviación de poder, el acto proferido en esas condiciones, así se haya producido en virtud de la facultad discrecional, podrá ser anulado.

Dicho lo anterior, encontramos que el doctor Daniel Avellaneda Correa, al ser declarado insubsistente fue reemplazado por otra persona, concretamente por Luis Francisco León Fajardo.

A lo largo de estas diligencias, encontramos el testimonio de Rafael Sarmiento, quien manifestó en declaración juramentada, no tener conocimiento de que el doctor Avellaneda hubiera cometido falta alguna y agrega que dentro del ambiente que se vivía en la Licorera, era común y corriente los comentarios en el sentido de que al doctor Avellaneda se le declaraba insubsistente sin haber justificación y que se nombraba en su reemplazo a Luis Francisco León por motivos estrictamente políticos.

A su turno, Gilberto Montañez González, expresa:

"...No estoy bien seguro de la fecha, pero me parece más o menos, el veintiocho o veintinueve de septiembre, el día que nos encontramos dialogando con el doctor Avellaneda frente a la Gobernación de Boyacá, cuando en ese momento pasó el doctor Fonseca Borrás, gerente de la Licorera y lo llamó al doctor Avellaneda y le dijo que lamentablemente tenía que comunicarle que debido a la posición que había adoptado el partido conservador necesitaba ese cargo para cumplir con unos compromisos que tenía y que por lo tanto esa tarde iba a expedir una resolución (sic) en que lo iba a declarar insubsistente del cargo...".

Pero aparece otra prueba, que a criterio de la Sala, resulta verdaderamente clara y por ende de mucha fuerza probatoria. Según el acuerdo número 024 de octubre 10 de 1985, se crea el cargo de "Abogado Auxiliar Titulado", o sea que el abogado de la Licorera, según este acuerdo, debía tener título, entonces la persona declarada insubsistente o sea, Daniel Avellaneda Correra (sic) era abogado titulado, en tanto que según constancia que obra a folio 41 del cuaderno segundo, la persona que lo reemplazó, esto es, Fran-

cisco León Fajardo, no acreditó ser abogado titulado y "no reúne los requisitos para ejercer el cargo de abogado auxiliar titulado," creado mediante Acuerdo 024 de la fecha mencionada.

Entonces se puede apreciar a través de lo anotado anteriormente, que no se buscó en verdad el mejoramiento del servicio público, ni siquiera como podía haber sucedido, que continuara en la misma línea o tónica de ese servicio, sino que al nombrar una persona que no reunía los requisitos para el cargo de abogado, se obró precisamente por un fin distinto y se puede vislumbrar que un fin distinto al legal, era una situación de carácter político.

En estas condiciones, las Resoluciones número 1277 del treinta de diciembre de 1986 y 134 del doce de febrero de 1987, expedidas por el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá, por las que se declara la insubsistencia del demandante del cargo de Abogado auxiliar de la oficina jurídica y se le niega el recurso de reposición, respectivamente, deben declararse nulas."

EL CONCEPTO FISCAL:

Al descorrer el traslado el Fiscal Cuarto de la Corporación es de opinión en su concepto de fondo de que la sentencia consultada debe ser revocada, ya que hace extensiva a un empleado de libre nombramiento y remoción una garantía constitucional y legal que sólo cobija a los empleados escalafonados en la carrera administrativa, puesto que según el canon hermenéutico, cuando el constituyente y el legislador distinguen le está vedado al intérprete no distinguir.

En corroboración de lo anterior dice textualmente el agente del Ministerio Público:

"Sobre el particular, el suscrito, primero como Magistrado y, ahora, como Fiscal, ha reiterado, y lo hará hasta cuando con valederos argumentos dialécticamente se le venza, que la Constitución (artículo 62 último inciso), y las leyes (artículo 40, segundo inciso, Decreto 2400 de 1968; artículo 269 Decreto 1222 de 1986; art. 300 Decreto 1333 de 1986), prohiben tener en cuenta la filiación política de los ciudadanos para producir nombramientos, destituciones o promociones, PERO SOLO CUANDO SE TRATA de cargos públicos de la carrera administrativa, LUEGO, A CONTRARIO SENSU, la motivación política (o, peor politiquera) si es de recibo en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción. No se diga que ésta es una interpretación apenas lógico-gramatical, pues ella tiene asidero en la historia fidedigna de los preceptos atrás citados; establecidos en orden a la institucionalización de un régimen burocráticamente; compartido (paritariamente y, en veces, "milimétricamente", y, ahora, "adecuada y equitativamente")."

SE CONSIDERA:

I. Se ha planteado entonces, en cuanto hace a los fundamentos que la parte actora esgrime para que se declare nulo el acto acusado -los cuales fueron acogidos por el *a-quo*-, una *desviación de poder* que se estructura en la circunstancia de haber tenido de presente la Administración, no el buen servicio público, sino motivaciones de tipo político, o mejor, la circunstancia de estar afiliado el demante a un determinado partido político, lo que cobra más fuerza aún si se observa que la persona designada en reemplazo del empleado público cuyo nombramiento fue declarado insubsistente, no reunía los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

II. Como es bien sabido, el principio de la legalidad es la base de la actividad de la administración y de él fluye la presunción, garantía o perrogativa según la cual las autoridades proceden conforme a la ley, o más exactamente, obedeciendo el orden jurídico aplicable. Este principio es fuente del que emana lo más importante del derecho administrativo en cuanto respecta a la esencia del acto administrativo como expresión de voluntad de la Administración y, asimismo, de la jurisdicción contencioso-administrativa como guardiana de ésta, a la que la ley ha ido dando, progresivamente, la facultad de sancionar aquellas desviaciones que respecto al principio de la legalidad, incurra la Administración a través de sus actos. De esta suerte, la ley ha puesto a disposición de los administrados medios -llamados acciones- para controlar la observación de esa legalidad por parte de la Administración.

III. El acto administrativo acusado en el asunto *sub-lite* es de los llamados discrecionales. Por él se declaró la insubsistencia del nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera alguna y, por tanto, de libre remoción por la autoridad nominadora. De manera que cuando el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá expidió el acto cuestionado, ejerció, sin duda, un poder que la ley le confirió para dejarlo libre de escoger el sentido en el cual debía ejercerlo, naturalmente que dentro de los parámetros señalados por la propia ley para proferir tal medida.

A dicho acto, que ha juzgado el Tribunal de Boyacá en primera instancia, se le endilga por el actor un vicio de ilegalidad, o más exactamente, el denominado por la doctrina, por la jurisprudencia y por la ley "desviación de poder", que es una modalidad de ilegalidad que se predica de la finalidad perseguida. En los actos administrativos discrecionales esa finalidad perseguida no es otra que la de lograr, por medio del acto, el buen servicio público, la de perfeccionarlo, la de lograr su verdadero propósito.

IV. Ciertamente que, como lo dice el *a-quo*, de las probanzas traídas a los autos se colige que el Gerente de la Industria Licorera de Boyacá obró, al declarar la insubsistencia del nombramiento del actor, animado de una finalidad netamente partidarista, o sea, teniendo en consideración la afiliación del empleado a un determinado partido político, con la mira de que su reemplazo fuera alguien del partido político contrario sin parar mientes en el hecho -también probado- de no

llenarse los requisitos mínimos para el desempeño del empleo, como el de ser abogado titulado.

Pero ¿hasta que punto constituye "desviación de poder" esta inveterada práctica administrativa y burocrática que tanto ha afectado la eficiencia y la bienandanza de la Administración pública colombiana?

Acerca de este punto quepa decir que el inciso quinto del art. 62 de la Constitución -que es el art. 7° del Plebiscito del 1o. de diciembre de 1957- sólo da luces para ver posibles "desviaciones de poder" en actos concernientes a los nombramientos, promociones o "destituciones" de empleos o cargos públicos cuando se tiene de presente la filiación política de los ciudadanos, cuando se trata de vinculados a la carrera administrativa, y ya se ha visto que el demandante del caso *sub-lite* no se encontraba en esta situación. Es más: el Decreto Ley 2400 de 1968 -verdadero estatuto orgánico para el personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder distingue igualmente entre los empleados que son de carrera de quienes no lo son, como sin mayores esfuerzos, se deriva del texto de su artícilo 3°, predicándose de estos últimos que son de "libre nombramiento y remoción".

Es por ello que ha habido vacilaciones en considerar si la circunstancia político-partidarista en los nombramientos y remociones de personal no vinculado a carrera es o no constitutiva de "desviación de poder", sobre todo en los empleos que no son enumerados en los literales a), b), c), d), e) y f) del segundo inciso del mencionado artículo 3° del Decreto Ley 2400 de 1968, o sea, de aquéllos que en ningún caso podrían ser de "carrera", y de allí que, en este orden de ideas, el señor agente del Ministerio Público se incline a la aseveración de que no hay en este evento "desviación de poder" y que por ello se imponga la revocatoria de la sentencia consultada y, en su lugar la denegación a las peticiones de la demanda.

Pero adicionalmente a lo anterior, se aduce que los actos que implican nombramientos o desvinculaciones en cargos eminentemente políticos, en lo que lo administrativo en sentido estricto juega un papel secundario, en los que prácticamente la discrecionalidad -el poder discrecional- se torna casi absoluto, lo que descarta la posibilidad de que el juez contencioso-administrativo entre a contemplar una desviación de poder fundada en esa circunstancia. Y ello porque, dentro del arte del buen gobierno que permite, en aras de las alternativas democráticas, que ciudadanos de los partidos o movimientos entren a regir la cosa pública, resulta normal, por así decirlo, que la afiliación a partido o grupo político incida en la emisión de esa clase de actos administrativos.

En ese orden de ideas, muchas veces se ha creido que, cuando se trata de empleados públicos no vinculados a carrera administrativa alguna, su desvinculación discrecional por simpatías partidaristas, lejos de ser contraria al criterio del buen servicio público, antes bien lo busca porque excluye de la Administración a aquellas personas que no comulguen con la colectividad, movimiento o grupo político que domine la escena burocrática en determinado momento y porque llama a colaborar a sus posibles copartidarios o simpatizantes.

V. Sin embargo, para la Sala, reexaminando la cuestión, encuentra que ese criterio está lejos de satisfacer nociones ligadas a lo que ha de entenderse por "desviación de poder" como vicio de los actos administrativos en general, pero que adquiere mayor relievancia tratándose de los discrecionales. Que se mantengan las concepciones que se han recordado en el acápite anterior para los cargos realmente políticos porque hacen del individuo-empleado un cabal rector de la cosa pública, como son los funcionarios enumerados en el literal a) del citado segundo inciso del art. 3o. del Decreto Ley 2400 de 1968 (Ministros del Despacho, Jefes de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerio y de Departamentos Administrativos, etc., y a los que podrían agregarse los cargos de Gobernador, Secretarios de los Despachos de éstos, Intendentes, Comisarios, Gerentes de Empresas Industriales o Presidentes de Establecimientos Públicos y otros similares), es algo lógico y congruente, pero no así en cargos que en verdad son meramente administrativos o que debieran ser de carrera, mas cuyos titulares, por cualquier eventualidad, no se hayan vinculado a alguna de la múltiples "carreras" que la ley ha ido estableciendo.

De manera que si resulta en un juicio contencioso-administrativo suficientemente probado que la declaratoria de insubsistencia de un empleado público no vinculado a carrera, de un cargo que no tenga cabal relievancia política como los enumerados a manera de ejemplo en el parágrafo precedente, se debió a móviles eminentemente partidaristas o grupistas, es de concluir que se alejó del fin del buen servicio público que se presume guía a la Administración al proferir actos discrecionales.

VI. Es por ello que la Sala encuentra acertada la decisión tomada por el tribunal de primera instancia, máxime si, además de las declaraciones recepcionadas en este proceso, se observa que el reemplazo del actor se hizo con alguien que en verdad no llenaba los requisitos para desempeñar el empleo, como es el de haber sido abogado titulado, cuando el señor Avellaneda sí ostentaba esa calidad, so pretexto de acogerse a una regla de excepción para estos casos (la de pagarle sólo el 75% del sueldo asignado al cargo). En otras palabras, ve la Sala que en el caso *sub-judice*, hubo desviación de poder en el fin del acto acusado, todo lo cual amerita la confirmación de la sentencia materia de consulta.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 3 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/ INSUBSISTENCIA

Si la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción conviene a la adecuada prestación del servicio público, puede la autoridad nominadora ejercer la facultad discrecional de declarar insubsistencia, así pudieran existir razones para adelantar un proceso disciplinario, por cuanto la decisión de declarar insubsistente el nombramiento *per se*, no persigue sancionar disciplinariamente, sino lograr una acertada y eficiente prestación del servicio público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 464 (10.864). RESOLUCIONES MINISTERIALES (Reconstrucción - D.e. 3825/1985). Actor: Miguel Angel Bernal González. Recurrentes en apelación: El actor y la Fiscalía Quinta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Decídense los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 1983 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso que tuvo origen en la demanda que presentara oportunamente, a través de apoderado, el señor Miguel Angel Bernal González, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, art. 85 C.C.A., Decreto Ley 01 de 1984, art. 15 Decreto Ley 2304 de 1989) y en el cual es parte demandada la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público), impetrándose la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución número 34 de 1979 -5 de febrero-, amén de que, como consecuencia de ello, se le reincorpore al cargo de cabo de aduanas 5135-12 que

venía desempeñando en Turbo (Antioquia) o a otro igual o de superior categoría y que se le pagen todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, subsidios y demás emolumentos dejados de devengar desde cuando se produjo la insubsistencia de su nombramiento hasta cuando se produzca el efectivo reintegro. El fallo del *a-quo*, recurrido por el mandatario judicial del actor y por la Fiscalía Quinta de la mencionada corporación, denegó las peticiones formuladas en la demanda.

I. DE LA SENTENCIA APELADA

La denegatoria de las súplicas del libelo demandatorio se fundamenta, en síntesis así:

a) El nombramiento del actor podía ser declarado insubsistente con la discrecionalidad que la Constitución y la ley confiere a la administración pública en cuanto atañe a los empleados no inscritos en carrera administrativa u otra equivalente, sin que el nominador estuviera obligado a condicionar su acto a los resultados de una investigación disciplinaria previa, dado que la facultad discrecional de que está investida, le otorga una relativa libertad de pronunciarse en aras del buen servicio público, frente a determinadas circunstancias, oportunidades y conveniencias, y, por razones del buen servicio, declarar la insubsistencia de nombramientos recaídos en empleados no inscritos en carrera administrativa.

b) Que lo planteado en la demanda, la violación de principios constitucionales y legales que garantizan el debido proceso, indicadores de la obligación de ordenar una investigación previa antes de la emisión del acto, es algo propio de un acto sancionatorio, no de una simple declaratoria de insubsistencia.

c) Que lo anterior es el punto medular de la demanda, pues los cargos que se hacen en relación a los arts. 25 y 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, no revisten trascendencia en el sentido de que ello no constituye causal de nulidad, porque tales omisiones no forman parte del acto o acuerdo ni del posible trámite precedente.

d) Trae a cuento y en apoyo de sus motivaciones, jurisprudencia sentada en un caso similar en el que se atacó el mismo acto, en lo que atañe al guardián Héctor Enrique Díaz, en el que se dijo:

> "...Según concepto emitido el 30 de enero por el Jefe de la División de Inspección (folio 2, documentación anexa), o sea, cinco días antes de proferirse la declaratoria de insubsistencia, tal funcionario pone a disposición del Director de Aduanas, el informe que se había elaborado respecto a las quejas formuladas, documento dentro del cual se hace énfasis, que el sargento Julio Rosas Guarín, el cabo Miguel Bernal González y el guardián Héctor Enrique Díaz (éste último el demandante), estaban exigiendo indebidamente dineros para regular la situación de los "San Andresitos", en la

"operación Navidad", que se estaba llevando a cabo en la seccional de la aduana de Turbo."

"...El Director General de Aduanas, en la declaración que rindió en el despacho del Magistrado ponente, al interrogársele sobre los antecedentes que precedieron a la declaratoria de insubsistencia del actor, si bien es cierto, relata las irregularidades que se estaban cometiendo en el resguardo ya mencionado, sin embargo, afirma, que la declaración de insubsistencia se produjo no a título de sanción sino más bien como el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción propia del nominador cuando se trata de empleados sin ningún fuero, como el caso del demandante, como lo ordena el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, en orden a mejorar o sanear el servicio público, si la convicción moral a ello conduce..."

"...Se tiene entonces -continúa el fallo- que, en el caso que se examina, ha de tenerse en cuenta que, aunque existe un antecedente administrativo del acto de desvinculación, contenido en el oficio que obra a folio 111 del expediente, según el cual la decisión de declarar la insubsistencia de los cargos le fue sugerida al señor Director General de Aduanas, y este alto funcionario la aceptó, según se deduce de la constancia manuscrita dejada al final de dicho documento, sin embargo el señor Director General de Aduanas en su declaración jurada, explica su actuación mediante el siguiente razonamiento:

"...la insubsistencia en ningún caso se considera como sanción o por lo menos la ley no lo contempla así. En el caso de autos el Director de Aduanas consideró que no era del caso producir u ordenar una investigación en vista de que la información o averiguación que se ordenó condujo a la conclusión de que posiblemente la investigación administrativa no conduciría a ningún cargo concreto para ser sancionado de acuerdo con la ley. Pero sí indicaba la conveniencia de prescindir de los servicios de los funcionarios citados en el folio 111, tal como lo recomendaba el Jefe de la División de Aduanas de esa época. Debe tenerse en cuenta que para ese entonces yo solo llevaba quince días de haberme posesionado, pero aún antes de mi nombramiento como Director General de Aduanas, había oido los comentarios de actuaciones indebidas por parte de algún personal aduanero...".

e) Concluye el Tribunal que, por no estar desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado, las pretensiones deben denegarse.

II. DEL RECURSO DE APELACION DE LA PARTE ACTORA

El actor solicita se revoque la providencia emanada del *a-quo* y que, en su lugar, se acceda a sus peticiones, porque dos fueron los cargos básicos contemplados en la demanda que dio origen al proceso, suficientes para que fuera resuelta favorablemente, a saber:

1) Violación del derecho de defensa (art. 26 de la Constitución política);

2) Desvío de poder (art. 16 de la Carta y art. 66 del antiguo C.C.A.).

Asevera que en el expediente están suficientemente probados los hechos, por lo que al darles un alcance equivocado, el Tribunal denegó sus impetraciones, puesto que habiéndose adelantado una investigación administrativa y, con ocasión de ella, se recomendó al Director General de Aduanas declarar la insubsistencia y aplicar un castigo ejemplar, un medio de desvinculación -la declaratoria de insubsistencia- se usó en vez de aplicarla -la sanción disciplinaria-, olvidándose, de paso, que el actor llevaba más de 16 años al servicio de la institución y que tampoco se tuvo en cuenta su hoja de vida, en donde consta el buen desempeño de sus funciones. Por ende, se actuó, no para mejorar el servicio, sino para sancionar al funcionario.

III. DEL RECURSO DE APELACION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Desafortunadamente no pudo recuperarse la sustentación de la señora Fiscal Quinta del Tribunal quien, como lo recuerda la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, también apeló. Sin embargo, de la lectura de su concepto de fondo rendido en ocasión de la primera instancia, puede colegirse que sus argumentos, favorables a la tesis de la parte actora, se enderezan en la circunstancia, probada por demás, de que al actor se le involucró en una especie de "informativo extra-rápido", originado en una queja ambigua en la cual aparecía como partícipe de una extorsión a comerciantes, pero sin poderse establecer su grado de participación, su responsabilidad en los hechos y "lo que es más grave, sin que a dicha queja, que fue calificada finalmente como grave, se le impartiese el trámite que la ley obliga a dar en esos casos, valga decir, no se adelantó un informativo regular y así se recortó el derecho de defensa a que tiene derecho aún el más avezado de los delicuentes."

Y concluye: "Sería muy difícil no observar, que existe una estrecha y directa relación de causalidad entre la queja en la cual se involucró al actor Bernal González y su insubsistencia, por razones de cronología, de redacción formal del acto acusado y aún, por las razones de "economía procesal" a que alude el declarante Meléndez Ramírez (fl. 137) en su exposición, lo que lleva a concluir que la entidad demandada violó normas de superior jerarquía, al omitir el proceso disciplinario..."

IV. DEL CONCEPTO FISCAL

La Agencia del Ministerio Público -Fiscalía Quinta de la Corporación- ha emitido concepto favorable al apelante. Estima como motivos determinantes para declarar la insubsistencia las sospechas graves que recaían sobre el actor, a raíz de las denuncias presentadas por el alcalde de Turbo, estableciéndose así, la

relación de causalidad entre el acto impugnado y la investigación adelantada contra Bernal González. Cita y transcribe importantes criterios y doctrinas acerca de la desviación de poder, todo lo cual conduce a la revocatoria de la sentencia apelada y, por tanto, a la anulación del acto y al restablecimiento del derecho en la forma impetrada por el libelista.

De esta suerte, no encontrándose defecto que inicia en la validez de lo actuado,

SE CONSIDERA:

El acto administrativo juzgado en primera instancia por el Tribunal de Cundinamarca fue dictado en ejercicio del poder discrecional. Cuando se ejerce el poder discrecional, por definición, la ley ha dejado que la autoridad administrativa aprecie la oportunidad de decidir en ese u otro sentido, por lo cual los aspectos que tocan a la ilegalidad de los motivos no tiene cabida y el papel del juez administrativo se circunscribe, en este campo, a controlar la medida tomada por el agente en el aspecto de la oportunidad para haberla adoptado en beneficio del buen servicio público.

Ahora bien, elemento esencial en la definición clásica del "servicio público" es la noción del interés general, dado que el "servicio público" tiene por fin dar satisfacción a una necesidad de "interés de la comunidad" hacia la cual está o debe estar dirigido. Si el Estado ha erigido en "servicio público" una actividad determinada, dejando de lado la iniciativa privada, es porque estima que la necesidad pública es aquella a la que corresponde esa actividad, que no sería satisfecha o sería mal satisfecha por la iniciativa privada. Por lo tanto, es la satisfacción de una necesidad de interés general la que justifica y anima el servicio público.

Pero un servicio público adecuado y bien entendido ha de calificarse, ha de ponderarse también en beneficio de la comunidad a la cual está dirigido. Debe ser un "buen servicio público", un servicio público correcto, y si el acto administrativo concreto se ha dirigido precisamente a corregir o tratar de corregir ese buen servicio público, máxime cuando se trata del ejercicio del poder discrecional, el juez administrativo mal podría ejercer su facultad de anularlo con base en unos motivos que no se han expresado, si se observa que ese acto ha obedecido a la correcta inteligencia que debe guiar la emisión de ese pronunciamiento.

En el caso *sub-judice,* se ha dicho en la demanda e igualmente en la sustentación del recurso que ha dado origen a esta segunda instancia, que el acto administrativo acusado se emitió con violación del debido proceso, porque, antes de proyectarse en la vida jurídica afectando la estabilidad laboral del funcionario, no se adelantó investigación disciplinaria previa en la que le hubiera dado oportunidad de defenderse, sino que, sólo ante la sugerencia que se le hiciera al Director de Aduanas, éste procedió a declarar la insubsistencia del nombramiento, por lo cual, según se deduce, habría una motivación oculta que se apoyó en una

investigación que no se hizo de acuerdo con los postulados legales sobre la materia, puesto que únicamente se adelantaron algunas averiguaciones acerca de lo que se decía en torno a la extorsión que, según el alcalde y otras autoridades del municipio de Turbo, estaban tratando de perpetrar funcionarios de la Aduana, entre ellos de una declaratoria de insubsistencia del nombramiento, hubo en realidad una *sanción disciplinaria,* una *destitución*, todo lo cual conduce a establecer que el acto discrecional fue dictado con *desviación de poder,* porque el agente administrativo -el Director de Aduanas- emitió una decisión que cabe dentro de sus atribuciones observando aparentemente las formalidades prescritas por la ley, ajustándose esa decisión a los términos señalados por las normas superiores, pero con miras o motivos distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder discrecional.

Respecto a esos tópicos es útil recordar que, ya en varias oportunidades, la Sala ha considerado que si la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción conviene a la adecuada prestación del servicio público, puede la autoridad nominadora ejercer la facultad discrecional de declarar insubsistencia, así pudieran existir razones para adelantar un proceso disciplinario, por cuanto la decisión de declarar insubsistente el nombramiento, *per se,* no persigue sancionar disciplinariamente, sino lograr una acertada y eficiente prestación del servicio publico, cuya bondad no se refleja porque a sus agentes se le atribuyan por la comunidad donde laboran, comportamientos acordes con la moral y con la ética. Aceptar lo contrario, esto es, que la administración no pueda remover de su cargo al funcionario de libre nombramiento y remoción sólo porque se le endilgue la comisión de hechos que pudieran abrir paso a una investigación disciplinaria, equivaldría a tener por cierto que dicho empleado público, por esta sola circunstancia, adquiriría fuero de relativa inamovilidad o la garantía relativa de estabilidad en su cargo mientras se lleva a cabo la investigación.

El concepto de "buen servicio público", como se ha explicado al comienzo de las presentes consideraciones, ha de tomarse en su filosofía prístina y original y no ver desviaciones de poder cuando el nominador toma determinaciones en beneficio de ese "buen servicio público" haciendo uso de sus prerrogativas legales, naturalmente que dentro de la sindéresis ponderativa del acto cuestionado y de sus antecedentes, porque es apenas obvio que la insubsistencia siempre ha de obedecer a una razón, a un motivo, a una causa, no pudiendo ser resultado del capricho o de la arbitrariedad. Sólo si así se llegare a probar o a demostrar en el decurso de un juicio de este género, ese capricho, esa arbitrariedad, ese apartamiento del criterio que debe enmarcar el concepto de "buen servicio público", podría concluirse que hubo desviación de poder y que el acto sería ilegal en razón de su fin. "Hay desviación de poder -dice Laubadére al definirla- cuando una decisión ha sido tomada en vista de un fin distinto de aquel por el cual el poder fue otorgado; la competencia ha sido "distorsionada" de su fin legítimo; el acto es ilegal en razón de su fin". Pero como fuera del fin especial que una competencia dada pueda comportar, hay siempre en él un límite más general que se impone a la administración según el cual el acto administrativo sólo puede perseguir un fin

de carácter público y nunca ser emitido en vista de un fin de interés privado, al tenor de lo que sobre el tópico, también dice Laubadére, aquí no se da.

De allí que la Sala encuentre en el caso concreto que ahora se examina en segunda instancia, que el *a-quo* hizo bien en denegar las peticiones de la parte-actora, dado que no puede ser sino por razones del buen servicio público las que presidieron la desvinculación del actor, haciendo uso de la facultad discrecional de que la autoridad está investida.

Así las cosas, la Sala habrá de confirmar la sentencia doblemente apelada, puesto que no se demostró la desviación de poder en que se fundamentó, esencialmente, la petición de nulidad del acto acusado.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 23 de septiembre de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DEMANDA - Corrección/ **SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia

Se ha admitido por interpretación jurisprudencial del artículo 208 del C.C.A., que haciendo uso del derecho de corrección se adiciona la demánda con una nueva petición de nulidad siempre que no se presente el fenómeno de la caducidad de la acción. Pero no ocurre lo mismo con la suspensión provisional puesto que la oportunidad para solicitarla ya ha precluido, y la petición ya ha sido resuelta por auto que sólo permite modificación a través de los recursos que el C.C.A. consagra. Jamás ha considerado la jurisprudencia que la corrección que autoriza el mencionado artículo pueda convertirse en una nueva demanda; es simplemente la posibilidad de mejorar la original.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4755. Actor: Ignacio Castilla Castilla.

Se procede a dicidir el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, contra el auto de 10 de octubre de 1990, en cuanto hace a la negativa de la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 13 del Decreto 1160 de 1989.

El actor una vez presentada la demanda de Nulidad con petición de suspención provisional del artículo 12 del Decreto Reglamentario 1160 de 1989 y de la frase "a falta de éste" contenida en el numeral 1 del artículo 6 del mismo estatuto, a lo cual esta Sala accedió parcialmente decretando dicha medida respecto del artículo 12 en comento, adicionó el libelo incluyendo la petición de nulidad del

inciso segundo del artículo 13 del D.R. 1160 de 1989 así como también la de suspensión provisional.

La Sala por auto de octubre 10 de 1990 admitió la corrección de la demanda pero se abstuvo de estudiar la medida provisoria ya que de conformidad con el artículo 152 del C.C.A., la solicitud debe hacerse en la demanda o en escrito separado, presentado antes del auto admisorio.

El demandante solicita ahora que la providencia de 10 de octubre de 1990 se reponga, para lo cual se basa en los siguientes argumentos:

El conflicto planteado puede dilucidarse con facilidad si se determina la naturaleza de la reforma o adición en el sentido de aclarar si esta es, en si misma, una demanda.

Tanto la demanda inicial como su reforma tienen "sus propias especificaciones". "De ellas, como se sabe, ha de corrérsele traslado al demandado a fin de que pueda ejercer su derecho de contradicción"; en la medida que la reforma puede contener pretensiones nuevas debe ser considerada como una demanda y por tanto ambas implican el ejercicio de la acción contenciosa.

Consecuente con lo anterior la reforma requiere ser estudiada y admitida o inadmitida, tal y como ocurre con la demanda.

Agrega el recurrente que la reforma de la demanda es un problema de acumulación de pretensiones, o de demandas, pero que en cualquiera de estas dos hipótesis, se sustenta en el principio de economía procesal, evitando tener que volver a presentar otra demanda.

Respecto a la interpretación del artículo 152 del C.C.A., señala que los límites trazados por la norma, abarcan la reforma y la admisión de la misma. Es decir que cuando el artículo 152 del C.C.A., habla de demanda, debe entenderse acción.

Tambien argumenta, que el artículo 208 del C.C.A. al referirse a la corrección de la demanda, remite para su procedimiento al artículo 207 del mismo estatuto, el cual preceptúa que admitida esta deberá entre otras cosas resolverse sobre la suspensión provisional; luego es la Ley la que permite que se decida sobre la suspensión cuando se admita la corrección.

Para finalizar argumenta sobre la finalidad de la suspensión provisional, para concluir que a quien reforma la demanda, sin poder solicitar la suspensión provisional de la petición que adiciona se le negaría la posibilidad de lograr que se sustraigan del mundo del derecho los actos ilegales, y por ende se iría contra la economía procesal, debiéndose presentar una nueva demanda con la misma pretensión.

Informa el actor que ha presentado demanda adicional, con las pretensiones expuestas en el escrito de reforma de este proceso.

Al respecto la Sala hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, la hipótesis que contempla el Código Contencioso Administrativo en cuanto a la corrección de la demanda, es la de que el libelo haya sido admitido; y le limita al actor el derecho a corregirlo o adicionarlo por una sola vez.

Se ha admitido por interpretación jurisprudencial del artículo 208 del C.C.A., que haciendo uso del derecho de corrección se adiciona la demanda con una nueva petición de nulidad siempre que no se presente el fenómeno de la caducidad de la acción. Pero no ocurre lo mismo con la suspensión provisional puesto que la oportunidad para solicitarla ya ha precluido, y la petición ya ha sido resuelta por auto que solo permite modificación a través de los recursos que el Código consagra.

Jamás ha considerado la jurisprudencia que la corrección que autoriza el artículo 208 del C.C.A. pueda convertirse en una nueva demanda; es simplemente la posibilidad de mejorar la original.

Por lo tanto la oportunidad señalada por el artículo 152 de C.C.A., para solicitar la medida de suspensión provisional, en la demanda o en escrito separado, antes de que sea admitida, no permite interpretación extensiva.

La finalidad de la medida provisoria, es decir, la ineficacia provisional del acto acusado, no se discute ni en esta providencia, ni en la recurrida. Si no se estudia la solicitud es debido a su extemporaneidad.

Por lo expuesto se

RESUELVE:

No reponer el auto de 10 de octubre de 1990.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PODER ESPECIAL/ CONTRATO DE MANDATO/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

La exigencia del artículo 65 del C. de P.C. (artículo 1° numeral 23 Decreto 2282 de 1989) tiene la consecuencia obvia de que el poder conferido para un asunto no puede utilizarse para otro: está ello en la naturaleza misma del mandato, que por definición es "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera" (C. C., artículo 2142) aparte de que el mandatario "se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo" (artículo 2157 C.C.).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 2096. Unica Instancia. Actor: Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena.

En escrito visible a folios 225 a 246 el apoderado del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena interpone recurso de súplica, "en caso de que no prospere el incidente de nulidad propuesto", contra la sentencia de 21 de mayo de 1990, "ya que sin la previa autorización de la Sala Plena la Sección que profirió el fallo mencionado acogió una 'doctrina' contraria a la Jurisprudencia reiterada de esa H. Corporación".

Ahora bien, no es el caso de conceder este recurso por las siguientes razones:

1. El poder en cuya virtud actúa el recurrente fue conferido para formular, "de manera principal", un incidente de nulidad contra la sentencia en referencia y, de manera subsidiaria, el recurso extraordinario de REVISION (fl. 217).

Como puede verse también a folio 214, la Junta Directiva del referido sindicato autorizó al Presidente de la misma para conferir poder al doctor Alfonso Velasco Parrado "para que de manera principal promueva incidente de nulidad y de manera subsidiaria formule *recurso de revisión* contra la sentencia de fecha 21 de mayo de 1990...".

Resulta claro que el mandatario judicial recibió facultad para interponer el recurso extraordinario de REVISION, pero no para interponer el de *súplica*.

Precisa el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil (art. 1°, num. 23 del Decreto 2282 de 1989) que "en los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros". Esta exigencia legal tiene la consecuencia obvia de que el poder conferido para un asunto no puede utilizarse para otro: está ello en la naturaleza misma del mandato, que por definición es "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera" (Código Civil, art. 2142), aparte de que el mandatario "se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen a obrar de otro modo", según puntualiza el artículo 2157 de la misma codificación.

2. No está prevista en la ley la interposición del recurso extraordinario de súplica *en forma subsidiaria*. Basta leer el texto del artículo 130 del C.C.A., modificado por el 21 del Decreto 2304 de 1989, para llegar a esta conclusión.

Según atrás se hizo notar, tanto la autorización de la Junta Directiva del Sindicato al Presidente del mismo para otorgar poder como el poder mismo y el escrito del recurso de súplica se refieren a la interposición subsidiaria del recurso (fls. 214, 217, 225).

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Consejo de Estado,

RESUELVE:

No se concede el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado del Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena contra la sentencia de mayo 21 de 1990.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Decisión adoptada en la Sala del día 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

PRESTACIONES SOCIALES/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD - Término

El inciso 3° del artículo 136 del C.C.A. permite demandar "en cualquier tiempo", sólo los actos que reconocen prestaciones periódicas, pero no prevé la posibilidad de demandar "en cualquier tiempo" los actos que niegan tales prestaciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Radicación 5161. Actor: Gonzalo Ochoa Duque.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de 14 de diciembre de 1989, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial el señor Gonzalo Ochoa Duque, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1623 de 28 de abril de 1988, expedida por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, mediante la cual le negó al actor los reajustes pensionales ordenados por la Ley 4a. de 1976 y art. 101 del Decreto 610 de 1977, para el año 1978 y siguientes.

Inicialmente el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 26 de mayo de 1989, admitió la demanda. Esta providencia fue recurrida por el Fiscal de esa Corporación, aduciendo que la acción se encontraba caducada y por esa razón

pidió al Tribunal, revocar el auto admisorio de la demanda y en su lugar inadmitirla. Al efecto citó una jurisprudencia de esta Corporación.

El *a-quo*, al resolver el recurso, accedió a la solicitud del Fiscal e inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación, contra el auto que inadmitió la demanda con fundamento en el art. 136 del C.C.A., pues a su entender, el término de caducidad de los cuatro meses, no se configura precisamente cuando se demandan actos que reconozcan prestaciones periódicas.

SE CONSIDERA

1. El acto demandado obra en el expediente a folios 23 al 30, en fotocopia autenticada, con constancia de ejecutoria de 10 de mayo de 1988.

La demanda, lleva fecha de presentación en la Secretaría del Tribunal, de 16 de diciembre de 1988.

2. El Tribunal inadmitió la demanda por caducidad de la acción, en consideración a que la demanda fue presentada fuera del término señalado en el artículo 136 del C.C.A.

3. El actor fundamenta el recurso de apelación en el contenido del inciso 3° del art. 136 del C.C.A., cuyo texto literal es el siguiente:

"Sin embargo cuando se demanden actos que *reconozcan* prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe." (se subraya)

4. Se contrae la litis a dilucidar si el acto es susceptible de demanda en cualquier tiempo, como lo pretende el actor, o si por el contrario, está sujeto a término de caducidad y en consecuencia la acción ha debido impetrarse dentro de los cuatro meses que señala el art. 136 del C.C.A.

5. De la lectura atenta del inciso antes transcrito, se colige que se refiere a la posibilidad de impugnar "actos que reconozcan prestaciones periódicas en cualquier tiempo"; pero en el presente asunto, se demanda un acto administrativo que niega el reajuste pensional al actor, hipótesis contraria a la prevista en la norma.

La disposición transcrita, permite demandar "en cualquier tiempo", solo los actos que reconocen prestaciones periódicas, pero no prevé la posibilidad de demandar "en cualquier tiempo" los actos que niegan tales prestaciones.

6. El acto enjuiciado aparece con constancia de ejecutoria del 10 de mayo de 1988. A partir de esa fecha debe contarse el término de los cuatro meses con

que gozaba el actor para proponer la demanda, la cual lleva fecha de presentación en la Secretaria del Tribunal de primera instancia, 16 de diciembre de 1988, o sea que se instauró después de haber transcurrido más de siete meses de la ejecutoría, cuando ya había hecho efecto el fenómeno de caducidad de la acción.

En consecuencia la providencia apelada, debe confirmarse.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de diciembre 14 de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión realizada el 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

CARRERA ADMINISTRATIVA/ CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO / LICENCIA

Si se acepta un cargo de libre nombramiento y remoción, sin el requisito previo de la licencia por término definido como lo ordena la ley, quiere decir que el escalafonado renuncia a los derechos derivados de la carrera y queda fuera del escalafón.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 997. Decretos del Gobierno. Actor: Luis Benicio Jiménez Arango.

El señor Luis Benicio Jiménez Arango mediante apoderado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 15 de mayo de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal el señor Luis Benicio Jiménez solicitó en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, la nulidad del Decreto 1497 de 16 de julio de 1976, expedido por el Gobierno Nacional, en cuanto por medio del mismo se incorporó a un nuevo funcionario en el cargo de Director General de la Dirección General del Trabajo, cargo que él venía desempeñando. Como consecuencia de tal nulidad pidió el reintegro a ese cargo o a otro de igual o superior Categoría y el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar.

Posteriormente adicionó su demanda en el sentido de pedir que se condene a la Nación a pagar el valor de los perjuicios morales que según él se le causaron,

y también para invocar su condición de escalafonado en la Carrera Administrativa, citando como violados los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968; 108, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 16 de la C.N.

El Tribunal en la sentencia apelada, consideró que por ser el actor empleado inscrito en la Carrera Administrativa, no podía ser removido libremente de su cargo. En consecuencia declaró la nulidad del nombramiento del señor Marino Cardona y ordenó reintegrar al señor Jiménez Arango al cargo en el cual había sido inscrito en el escalafón, y el pago de sueldos y prestaciones por el período comprendido entre el 4 de agosto de 1976 y el 30 de enero de 1979. Negó las demás súplicas de la demanda.

Inconforme con tal decisión el señor Jiménez Arango apeló, concretamente en lo que se refiere a la reincorporación al cargo de Jefe de Divisón V-29 o su equivalente en el Ministerio de Trabajo, pues estima que debe ser reintegrado al cargo de Director General del Trabajo.

Reconstruido el expediente mediante auto de 26 de febrero de 1987, quedó en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Advierte la Sala en primer término, que la competencia en este asunto es plena, por cuanto a pesar de haber llegado el expediente a ésta Corporación en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en lo desfavorable para ella, también procede el grado de jurisdicción por consulta, dado que en la sentencia se condena a la Nación al pago de una suma de dinero y no se presentó apelación de su parte.

La prosperidad parcial de las súplicas de la demanda tiene sustento, a juicio del Tribunal en la garantía de estabilidad que protegía al actor por ser escalafonado en Carrera Administrativa.

Por tanto habrá de examinar la Sala si en verdad el señor Luis Benicio Jiménez Arango gozaba de estabilidad relativa en el empleo que ocupaba, como consecuencia de su escalafonamiento, el cual se produjo por Resolución No. 105 de 1o. de marzo de 1974, en el cargo de Jefe de División V-29 , del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El Tribunal estimó que los derechos conferidos por la inscripción en Carrera impedían el retiro del servicio del actor en la forma como se produjo, pero estaban referidos al cargo de Jefe de División V-29 y no al que ocupaba cuando fue desvinculado.

Esa es, en términos generales, la orientación jurisprudencial que se ha dado por la Sala Plena de la Corporación a la situación de los empleados escalafonados

que han sido promovidos a otros cargos por fuera de la Carrera, es decir, sin observar el requisito de concurso para ascenso (Sentencia de 8 de julio de 1988. Expediente No. S-031. Actor: Hernando Medina Avila). Sin embargo, la situación del señor Luis Benicio Jiménez presenta una variación que impone análisis y consecuencias diferentes.

En efecto, el cargo que él ocupaba es decir, el de Director General de Administración e Inspección del Trabajo Clase II Grado 34, estaba clasificado como de libre nombramiento y remoción por el Decreto 984 de 1974. Su incorporación a ese empleo se produjo por Decreto 2548 de 26 de noviembre de 1974 y tomó posesión el 29 de ese mismo mes y año.

Fue retirado del servicio al expedirse un nuevo Decreto, el 1326 de 21 de junio de 1976, que estableció una nueva planta de personal, en la cual aparece el cargo de Director General del Trabajo Clase III - Grado 36, también de libre nombramiento y remoción, al cual fue incorporado al Doctor Mariano Cardona D., habiéndosele comunicado al señor Luis Benicio Jiménez, el 26 de julio de 1976 (fl. 325 cdno. antecedentes administrativos) que el Doctor Cardona lo reemplazaría en el empleo que ocupaba.

El artículo 22 del Decreto 2400 de 1968 contempla los casos en los cuales se puede otorgar comisión a los empleados al servicio de la administración pública, y uno de tales casos es el del funcionario inscrito en carrera administrativa, para que ejerza funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción.

A su vez, los artículos 92, 93, 94 y 95 del Decreto 1950 de 1973 reglamentan lo relativo a comisiones que se conceden a funcionarios escalafonados para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, a fin de que no pierdan los derechos inherentes al escalafonamiento. Según el artículo 92, en el acto que la confiera debe señalarse el término de la comisión.

El artículo 93 prescribe que al finalizar dicho término o cuando el funcionario comisionado haya renunciado a la comisión debe reintegrarse al empleo de carrera de que es titular; y si no lo hiciere, incurrirá en abandono.

Del artículo 94 se deduce que si se observa la exigencia de la Comisión, no hay pérdida ni mengua de los derechos como funcionario de Carrera, por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.

Pero a contrario sensu, si se acepta un cargo de libre nombramiento y remoción, sin el requisito previo de la licencia por término definido como lo ordena la ley, quiere decir que el escalafonado renuncia a los derechos derivados de la Carrera y queda fuera del escalafón.

No tendrían razón de ser los artículos 22 del Decreto 2400 de 1968 y 92 a 95 del Decreto 1950 de 1973, si fuera optativo para el funcionario escalafonado

solicitar y obtener la comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción y si el no hacerlo careciera de consecuencias.

Al haber aceptado el señor Jiménez Arango la incorporación a un cargo como el de Director General de Administración e Inspección del Trabajo, sin obtener antes la comisión prevista en el artículo 22 del Decreto 2400 de 1968, y además por término indefinido, renunció a su condición de escalafonado en la Carrera Administrativa. Por tanto, cuando se produjo su retiro del servicio al no ser incorporado en la nueva planta de personal, incorporación que se llevó a efecto mediante Decreto 1497 de 16 de julio de 1976 acusado, no estaba amparado por ninguna garantía de relativa estabilidad.

En este orden de ideas es preciso concluir, que no existiendo derecho de permanencia en el cargo, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar y debe entonces revocarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 15 de mayo de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por el señor Luis Benicio Jiménez Arango.

En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobado por la Sala en sesión de 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE - Régimen aplicable/ **POLICIA NACIONAL** - Régimen aplicable.

El hecho de que la Policía Nacional, dentro de su área de bienestar social tenga en funcionamiento un colegio, no permite considerar a la institución como parte del sector educativo y por ende del Sistema Educativo Nacional; la Policía Nacional pertenece al sector de Defensa cuyo personal, uniformado y civil, se rige por normas especiales. Considera la Sala que el Tribunal sí erró al aplicar al caso sometido a su estudio el Estatuto Docente y no aplicar el de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que era el que regía la relación laboral en conflicto, por tratarse de la remoción de una empleada civil de la Policía Nacional que, a pesar de desempeñar funciones docentes no se encontraba cobijada por el Decreto 2277 de 1979.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 2932. Recurso de anulación. Actora: Paula Beatriz Nieto Alarcón.

La Sala conoce del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la apoderada de la Nación -Policía Nacional- contra la sentencia proferida, en única instancia, el 4 de octubre de 1986, por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que acogió las súplicas de la demanda.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal resolvió anular la Resolución No. 6113, emitida el 30 de diciembre de 1983 por el Ministro de Defensa Nacional, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora PAULA BEATRIZ NIETO ALAR-

CON, como Especialista Asesor Primero de la Policía Nacional, y -consecuencialmente- ordenó el reintegro de la actora a dicho empleo o a uno de igual o superior categoría y remuneración, así como reconocer y pagar a la demandante los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta aquella de su reintegro.

El Tribunal consideró que por las funciones que corresponden al cargo, la actora en la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional desempeñó funciones docentes, y esta circunstancia aunada a la prueba de su inscripción en el escalafón docente en el Grado 10 en la Especialidad Psicología y Pedagogía, lo llevó a concluir que el retiro de la empleada no se regía por el Decreto 610 de 1977, que consagra la facultad discrecional del nominador para nombrar y remover los empleados civiles de la Policía Nacional, sino por el Decreto 2277 de 1979 que establece que los docentes escalafonados al servicio oficial no podrán ser suspendidos o destituidos del cargo, sin antes haber sido suspendidos o excluidos del escalafón y tienen derecho a permanecer en el servicio mientras no hayan sido excluidos del escalafón o no hayan alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.

Citó el Tribunal la sentencia emitida por esta Sala, con ponencia de la Doctora AYDEE ANZOLA LINARES, de junio 19 de 1981, dentro del Expediente No. 5506, promovido por DAGOBERTO TRUJILLO VIZCAYA, en la cual se expresó:

> "...si el demandante cuando ingresó al servicio del Ministerio de Justicia a desempeñar su empleo como profesor de la enseñanza primaria a los reclusos en la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, acreditó su inscripción en el Escalafón respectivo, como se probó en autos, trae consigo el que no se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción como lo calificó el citado Ministerio, sino de un servidor que goza de las prerrogativas propias del escalafón que fueron desconocidas para expedir el acto acusado, el cual consiguientemente se declaró nulo."

LA IMPUGNACION

El recurrente formula un cargo único contra la sentencia: Aplicación indebida de los artículos 1, 2, 3, 26, 27, 28, 31 y 32 del Decreto 2277 de 1979 y falta de aplicación de los artículos 1, 2, 4, 6, 8, 9, 11, 16, 18, 19, 21, 22, 44, 45, 46, 47, 49 y 50 del Decreto 610 de 1977.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación considera que el recurso extraordinario no está llamado a prosperar, porque en el expediente aparece acreditado que la demandante desempeñaba funciones docentes y por ello le era aplicable el Estatuto Docente, Decreto 2277 de 1979, cuyo artículo 3° expresa:

"EDUCADORES OFICIALES. Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de Régimen Especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1a. La recurrente afirma que los docentes que laboran al servicio de la Policía Nacional no poseen ningún fuero especial y su remoción se rige por el Decreto 610 de 1977, no por el Decreto 2277 de 1979. Invoca la impugnante la aplicación del principio de la inescindibilidad de las normas, según el cual éstas deben conservar su integridad en cuanto a su articulado y sus fines, y aduce que si los docentes al servicio de la Policía Nacional eran nombrados conforme a los artículos 9, 10, 11, 12, 16 y 20 del Decreto 610 y no de acuerdo con el respectivo grado del Escalafón Docente, su nombramiento y remoción, de acuerdo con el mismo Decreto, era facultad discrecional del nominador sin sujeción a la estabilidad consagrada por el artículo 28 del Decreto 2277 de 1979. Reitera por tanto que el Tribunal aplicó indebidamente el Decreto 2277 de 1979 y dejó de aplicar también indebidamente el Decreto 670 de 1977 y que este error incidió en la resolución del fallo.

2a. Examinada la sentencia, encuentra la Sala que ciertamente el Tribunal al resolver la contienda, dio aplicación a los artículos 1° a 3° y 26 a 31 del Decreto 2277 de 1979 y se abstuvo de aplicar el Decreto 610 de 1977. Igualmente, que ésta fue la razón que lo llevó a declarar la nulidad del acto acusado.

Veamos entonces si al hacerlo, el Tribunal incurrió en el error *in judicando* que denuncia la recurrente.

3a. Se trata de dilucidar si la relación laboral del docente que presta sus servicios a la Nación -Policía Nacional- se rige por el Estatuto Docente (Decreto 2277 de 1979) o por las normas propias de la institución (Decreto 610 de 1977), que conforma el Estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Dispone el artículo 3° del Decreto 2277 de 1979:

"Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial, que una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto."

Siendo la Policía Nacional una dependencia oficial de orden nacional, cabría pensar entonces que los educadores que prestan sus servicios en esa institución son empleados oficiales de régimen especial cobijados por las normas del Estatuto

Docente, a pesar de que como personal civil, también ellos se rigen por el Estatuto de personal civil de la Policía Nacional.

Sin embargo, la norma en referencia no puede ser interpretada en forma aislada de las demás del estatuto y especialmente del artículo 1° del Decreto, que define el contenido del Estatuto Docente y señala en forma precisa el alcance de su aplicación. Prescribe el artículo:

> "El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades QUE INTEGRAN EL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales". (Destaca la Sala).

Es entonces a los docentes oficiales del "Sistema Educativo Nacional" a quienes les es aplicable el estatuto y a esta "Sistema" no pertenece el establecimiento educativo de la Policía Nacional. Según el D.E. 88 de 1976, vigente para la época, integran el Sistema Educativo de la Nación, el Ministerio de Educación (incluidos los planteles dependientes de él) y los establecimientos públicos que le están adscritos y que fueron enumerados en el artículo 15 del citado Decreto; de manera que a éstos educadores oficiales son a los que se refiere el artículo 3° del Decreto 2277 de 1979.

4a. El hecho de que la Policía Nacional, dentro de su área de bienestar social tenga en funcionamiento un colegio, no permite considerar a la institución como parte del sector educativo y por ende del Sistema Educativo Nacional; la Policía Nacional pertenece al sector de Defensa cuyo personal, uniformado y civil, se rige por normas especiales. En sentido similar ya se había pronunciado la Sala respecto de docentes del Colegio para hijos de empleados de la Contraloría General de la República y al de la Escuela Naval de Cadetes (Sentencia de diciembre 15/87 C.P. Dra. Aydee Anzola L. y abril 2/90 C.P. Dr. Joaquín Barreto R.).

Considera por tanto la Sala que el Tribunal sí erró al aplicar al caso sometido a su estudio el Estatuto Docente y no aplicar el de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que era el que regía la relación laboral en conflicto, por tratarse de la remoción de una empleada civil de la Policía Nacional que, a pesar de desempeñar funciones docentes, no se encontraba cobijada por el Decreto 2277 de 1979.

5a. Habrá de anularse en consecuencia la sentencia impugnada por violación directa de las normas invocadas por la recurrente y por ello se procede a reponer la sentencia, en los siguientes términos:

Pretende la demandante la declaratoria de nulidad de la Resolución 6113 de 30 de diciembre de 1983, por la cual la Dirección General de la Policía Nacional declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Especialista Asesor Primero

que desempeñaba en la institución. Invoca como normas transgredidas por el acto acusado, los artículos 17 y 20 de la Constitución Nacional; el artículo 2° de la Ley 152 de 1887; los artículos 8 y 22 literal b) del Decreto 610 de 1977 y los artículos 2, 3, 8, 26 a 31 y 36 literal h) del Decreto 2277 de 1979.

El fundamento de la violación es el haber sido declarada insubsistente desconociendo la estabilidad que le reconocía el Estatuto Docente.

Como ya la Sala consignó las razones por las cuales el Estatuto Docente no le era aplicable a la actora, debe concluir que su permanencia en el cargo no estaba amparada por la estabilidad que para los educadores consagra ese estatuto y que su declaratoria de insubsistencia, conforme al artículo 8° del Decreto 610 de 1977 era discrecional del nominador, por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción, no amparado por fuero especial alguno.

Los cargos de violación formulados en la demanda no tuvieron ocurrencia y por consiguiente deben denegarse sus pretensiones.

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

FALLA:

1o. Declárase la nulidad de la sentencia proferida el 4 de octubre de 1986 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera; en su lugar, deniégase la anulación de la Resolución No. 6113 emitida el 30 de diciembre de 1983 por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora PAULA BEATRIZ NIETO ALARCON, como Especialista Asesor Primero de la Policía Nacional.

2o. Previo desglose, devuélvase por el Tribunal a la recurrente, la Póliza Judicial No. JU-01-305443 mediante la cual constituyó caución.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas B., Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/ PLIEGO DE CARGOS/ DESTITUCION/ DERECHO DE DEFENSA

No se encuentra la pieza procesal mediante la cual se debió formular pliego de cargos al demandante y de la diligencia de presentación de los respectivos descargos por el funcionario inculpado, la cual no es viable jurídicamente confundir con las declaraciones que fueron recibidas al actor por el veedor administrativo del citado Ministerio, como parece inferirse del texto de los actos administrativos impugnados.

El pliego de cargos cumple una función vital dentro del proceso disciplinario, pues con base en él la administración de una parte, circunscribe la imputación específica de los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, y de otra parte, el inculpado puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa respecto de cargos específicos y concretos. El pliego de cargos es un acto que delimita la atribución de la administración y concreta las bases de responsabilidad del funcionario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente 1709. Actor: Samuel Salazar Ramírez. Decretos del Gobierno.

El señor SAMUEL SALAZAR RAMIREZ, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, denominada hoy acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Consejo de Estado para que se hagan las siguientes declaraciones:

1a. Que son nulos los Decretos Nros. 1298 y 1651, de mayo 4 y junio 14 de 1983 proferidos por el señor Presidente de la República y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante los cuales se destituyó al doctor SAMUEL DE J. SALAZAR RAMIREZ, del cargo que venía ocupando como Jefe de División 2040, grado 08 de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia con sede en Medellín, y se le inhabilitó por el término de treinta (30) días a partir de la fecha de expedición del primer Decreto, para el desempeño de cargos públicos.

2a. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene el reintegro del doctor Samuel de J. Salazar Ramírez al mismo cargo del cual fue destituido, o a otro de igual o superior categoría; el pago de los sueldos dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta que el reintegro opere en forma efectiva, y se disponga que no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio para los reconocimientos prestacionales a que hubiere lugar y los demás efectos significantes, entre la fecha del retiro del cargo y aquella en que se efectúe la reinstalación en el mismo.

3a. Que a la sentencia se ordene dar cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A. (folios 3 y 4).

Se afirmaron los siguientes hechos:

PRIMERO.- El doctor Samuel de J. Salazar Ramírez ingresó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, el 28 de diciembre de 1981. En la nomenclatura oficial su cargo figura como "Jefe de División 2040, grado 08 de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, con sede en Medellín".

SEGUNDO.- La vinculacion del doctor Salazar Ramírez -duró hasta el cuatro (4) de mayo de 1983, fecha en la cual fue destituido del cargo mediante Decreto No. 1298 de esa misma fecha, expedido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el cual fue "confirmado" por el Decreto 1651 de junio 14 del mismo año que expidieron el primer Magistrado de la Nación y el mismo Ministro.

TERCERO.- Aunque los Decretos mencionados en el hecho anterior tienen la apariencia de haber sido debidamente motivados con arreglo al articulo 161 del Decreto 1950 de 1973, lo cierto es que violan el artículo 26 de la Carta y otros ordenamientos positivos, ya que la acción disciplinaria iniciada contra mi mandante no se tramitó con acatamiento del "debido proceso", ni se le dio oportunidad de defenderse de los cargos, como lo ordena el Decreto 1950 de 1973.

CUARTO.- Los cargos o imputaciones deducidos contra mi mandante como soporte de los actos administrativos que acuso, fueron en síntesis:

a. Inobservancia de normas relacionadas con el trámite previo a la autorización de despidos colectivos y cierre de empresas;

b. Parcialidad notoria en el estudio de la solicitud que le formuló la "Empresa Transportadora Comercial Andina Ltda."; ABUSO en el desempeño de sus funciones por ignorar el procedimiento para designar funcionarios en comisión fuera de su jurisdicción; y

c. Desconocimiento del concepto previo que debe rendir la Sección encargada de tramitar los reglamentos de trabajo.

QUINTO.- Antes de que el doctor Salazar Ramírez fuera enterado de la iniciación de investigaciones en contra suya, presentó renuncia de su cargo mediante comunicación fechada el 22 de marzo de 1983, pero el señor Secretario General del Ministerio le comunicó, mediante telegrama de fecha abril 20 del mismo año, que el señor Ministro se abstendría de considerarla hasta tanto culminara un proceso o investigación de carácter administrativo disciplinario que se venía adelantando en relación con hechos en los que mi mandante había tenido decisiva participación.

Hay que observarle a esa peculiar decisión la forma tan burda como se apartó de los ordenamientos que rigen la materia; antes de que rigiera el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973, el funcionario podía negar la aceptación de una renuncia por motivos de conveniencia pública con arreglo al artículo 299 del Código de Régimen Político y Municipal; ahora, frente al artículo 112 del citado decreto, el funcionario ante quien se renuncia *debe solicitar el retiro de ella*, si cree que hay motivos de conveniencia pública para no aceptarla. Nada de esto ocurrió en relación con mi mandante, porque no se le solicitó el retiro de su renuncia, de una parte, y además, la iniciación de un proceso disciplinario no es motivo de conveniencia pública para no aceptar una renuncia, ni su presentación o aceptación constituye obstáculo para ejercer la acción disciplinaria como lo dice el artículo 116 atrás citado, ordenamiento que se complementa admirablemente con el 146 del mismo estatuto: "La acción disciplinaria y la aplicación de las sanciones serán procedentes aunque el empleado se haya retirado del servicio...".

SEXTO.- De acuerdo con lo informado en el mencionado telegrama el doctor Salazar Ramírez fue vinculado a una investigación disciplinaria iniciada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante un procedimiento *ad hoc*, ideado para el caso, según se explica prolijamente en los Decretos enjuiciados; estos son un collage de imputaciones superpuestas que permiten deducir, a primer golpe de vista, la ausencia del "debido proceso", la omisión en el traslado formal de los cargos y de las pruebas, la falta de acceso de mi mandante al expediente y la ausencia de la sana crítica en el examen y evaluación del haz probatorio.

SEPTIMO.- Mi mandante no era un empleado de carrera y la Administración estaba en libertad de removerlo libremente sin acudir a ninguna justificación legal; pero al decidir iniciar una acción disciplinaria contra él, tenía obligación de observar, a plenitud, los mecanismos legales, el procedimiento que le garantizara los medios adecuados de defensa, y, no destituirlo sino en virtud de una falta contemplada como tal en la ley o en los estatutos o reglamentos ejecutivos. Empero, desde el comienzo de la investigación se omitió la observancia del artículo 150 del Decreto 1950 de 1973 que ordena "poner en conocimiento del empleado los cargos que se le formulan, los documentos que se hayan aportado, para efectos de oírlo en declaración de descargos, aporte de pruebas y solicitud de práctica de las que sean conducentes". Tampoco se le permitió conocer el informe inicial y las pruebas allegadas a la investigación como ordena el artículo 131 del mismo Decreto.

OCTAVO.- Las pruebas no fueron recogidas con participación del inculpado, ni examinadas con observancia de los presupuestos señalados en el artículo 157 del Decreto 1950 de 1973, esto es, exponiendo razonadamente el mérito asignado a cada prueba de acuerdo con las reglas científicas que informan su sana crítica. Estaba pendiente de los recursos legales la Resolución No. 001381 de 11 de marzo de 1983 expedida por el doctor Salazar Ramírez por medio de la cual decidió una petición de autorización de cierre presentada por la Empresa TRANSPORTADORA COMERCIAL ANDINA LTDA. y, por eso, la técnica y la prudencia recomendaban esperar el trámite y decisión correspondientes, antes de enjuiciar la conducta del funcionario autor del acto administrativo, máxime si la decisión final correspondía al Director General del Trabajo, Superior Jerárquico.

NOVENO.- En el Decreto 1651 de 14 de junio de 1983, por el cual se decidió el recurso interpuesto contra el Decreto 1298, se dice, con increíble ligereza que "la parcialidad notoria en la actuación cumplida por el recurrente -o sea mi mandante- con ocasión de la solicitud de la EMPRESA TRANSPORTADORA COMERCIAL ANDINA LTDA. ...quedó al descubierto, ante la revocación de la providencia, hecha por su superior jerárquico al Director General del Trabajo...". ¡Al contrario! lo que quedó al descubierto fue la influencia que ejerció en aquella decisión la precipitada investigación disciplinaria.

DECIMO.- Los considerandos del Decreto de destitución de mi mandante reflejan la falta de ponderación administrativa en el manejo de asunto tan delicado, pues allí se expresa que, a petición de varios trabajadores de la empresa Comercial Andina Ltda. se nombró una comisión para investigar la forma como se venía adelantando la tramitación de una petición formulada por el representante legal de la precitada sociedad, y que la comisión encontró presuntas irregularidades en dicho trámte, lo cual, en lenguaje apropiado significa que el Ministerio influyó con sus actuaciones en la revocatoria del acto administrativo que beneficiaba en primera instancia a la

Empresa; al menos esa fue la impresión que dejó en el ambiente empresarial, comprometiendo de esa manera el criterio de imparcialidad que debía imperar entre los funcionarios competentes para decidir el recurso de apelación. A los trabajadores no les quedará ninguna duda que su intervención, o presión oportuna fue decisiva en la revocatória en cuestión. Hubo desconocimiento del Decreto 2733 de 1959 que señala el procedimiento a seguir cuando se interponen recursos contra los actos administrativos; si lo que se pretendía era controlar el resultado de una actuación administrativa, el mismo Decreto 2733 da la solución que puede ser el recurso extraordinario de revocación directa -cuando es el admisible- o, en su defecto, la demanda de nulidad del acto administrativo.

UNDECIMO.- En los considerandos del Decreto 1298 se destacan los aspectos atinentes a la investigación ordenada por el Ministerio, al informe evaluativo, al concepto de la "COMISION DE PERSONAL" y nada se expresa en relación con el traslado de los cargos a mi mandante ni en cuanto a los resultados de un análisis probatorio, como si se hubiera adelantado un procedimiento oculto. Esa grave omisión y el hecho de haberse dado por demostrados cargos que originaron la investigación contra mi mandante sin el trámite procedimental que ordena la Ley, hacen que el referido Decreto 1298 y el 1651 que lo confirmó se encuentren falsamente motivados al señalarlo como responsable de los siguientes actos atentatorios contra la Administración Pública.

a) Inobservancia de las normas procedimentales relativas a trámite de investigación para despidos colectivos y cierre de empresas. Este cargo está desvirtuado en la Resolución misma 00131 de marzo 11 de 1983 que, formalmente, se ciñe a los presupuestos de toda decisión administrativa.

b) Parcialidad notoria en la actuación cumplida frente a la empresa transportadora Comercial Andina Ltda. y abuso en el desempeño de las funciones por ignorar las normas que rigen para la designación de comisiones fuera de su jurisdicción. Nada de esto está probado, salvo el afán del Ministerio para que se revocara la decisión de primera instancia.

c) Aprobación de reglamentos de trabajo con desconocimiento del concepto previo emitido por la Sección encargada de su estudio y trámite. Mi mandante insistió, en una declaración rendida por él, que tenía la competencia para aprobar reglamentos de trabajo; no se demostró, con participación suya, que tuviera obligación de plegarse al concepto previo por ser este legalmente ineludible.

Todos estos cargos que se dan por probados, debieron ser trasladados oportunamente a mi mandante para que los rebatiera durante el proceso disciplinario, lo cual no se hizo, y esa omisión hace resaltar la falsa motivación de los Decretos. Esto, y las flagrantes violaciones a la ley cometidos en el

proceso disciplinario le dan derecho a mi poderdante a solicitar su reintegro mediante esta acción.

DUODECIMO.- En el momento de su destinación mi mandante devengaba un sueldo mensual de $56.000.oo (folios 4 a 8 cdno. ppal.).

En la demanda se citaron como disposiciones violadas los artículos 16, 17, 20, 26 y 32 de la Constitución Política; artículos 11 y 14 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968; artículos 150, 125, 130, 133, 154, 155, 156, 157 y 282 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

En el concepto de la violación (folios 8 a 14 ibídem), el apoderado del demandante afirma que, para la destitución del actor no se observó a plenitud el procedimiento disciplinario señalado para el efecto en las disposiciones pertinentes; se desconoció el derecho de defensa, pues, no tuvo la oportunidad de conocer el informe, las pruebas allegadas a la investigación y a ser oído en declaración de descargos; asimismo, no se le dio a conocer los criterios que se tuvieron en cuenta para la calificación de las faltas disciplinarias; la valoración de las pruebas no se realizó según las reglas de la sana crítica; se omitió dar aviso a la Procuraduria General de la Nación de la investigación; finalmente, que los actos administrativos acusados, tienen vicios de forma de carácter sustancial, y que existió abuso o desviación de poder, además, de que se violaron principios generales de derecho, como los de igualdad ante la Ley y de imparcialidad de la administración.

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y el demandante obtuvo su reconstrucción.

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, en concepto de octubre 12 de 1988, considera que las pretensiones formuladas en la demanda deben prosperar. Para fundamentar su concepto, la agencia del Ministerio Público expuso lo siguiente:

El demandante solicita la declaratoria de nulidad de los Decretos números 1298 del 4 de mayo de 1983 y 1651 del 14 de junio de 1983, expedidos por el Presidente de la República y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, y mediante los cuales fue destituido del cargo de Jefe de División del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia.

Los actos en cuestión culminan una investigación disciplinaria en la que, afirma la actora, no se le brindaron al inculpado las garantías propias del debido proceso, ya que, concretamente, no se le dieron a conocer los cargos que se le formulaban, coartando así su derecho de defensa.

Atentamente estudiados los cuadernos contentivos de los antecedentes administrativos no encontramos por parte alguna la pieza procesal sobre cuya ausencia apoya su pretensión la demandante. Que no se formuló pliego de cargos, tal y como lo mandan todas las normatividades legales que gobiernan el proceso disciplinario y, particularmente, el artículo 150 del Decreto 1950

de 1973, señalado como violado, lo pregonan las propias piezas existentes que no se refieren a dicho pliego, a saber: a) informe evaluativo (folios 42 cuaderno No. 1 de antecedentes); b) el propio auto cabeza de proceso que no se refiere a tal diligencia para el caso para el caso de que estimara conducente (folio 36 ibídem); c) concepto de la comisión de personal (folio 95 ibídem); d) escrito contentivo del recurso de reposición, en donde se enfatiza la ausencia de la pieza procesal en comento (folio 69 del cuaderno No. dos de antecedentes); e) la Resolución acusada, número 1651 de 1983, que al desatar el recurso no afirma la existencia del pliego de cargos (folio 75 cuaderno número dos).

El comprobado incumplimiento de exigencia legal tan importante como la de formular pliego de cargos al imputado vulnera seriamente el derecho de defensa, inseparable del debido proceso impuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional y desarrollados para el caso sub-lite, por el atrás citado artículo 150 del Decreto 1950 de 1973 (normas éstas que se señalan como violadas), se traduce en la necesaria prosperidad de las súplicas de la demanda. (fls. 111 y 112 ibídem).

Llegado el momento de proferir sentencia, se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia gira en torno a la legalidad de los Decretos 1298 de mayo 4 de 1983 y 1651 de junio 14 del mismo año expedidos por el senor Presidente de la República y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, mediante los cuales se destituyó al señor Samuel Salazar Ramírez del cargo de Jefe de División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia.

Se observa que los actos administrativos acusados aparecen motivados y como por medio de ellos se impuso al actor la sanción disciplinaria de destitución, allí se hace mención al trámite que se siguió para dicho efecto.

El contenido de los Decretos impugnados lleva en sí, de modo implícito, como es de conocimiento, la presunción de legalidad. Y como en su texto, aparecen las razones por las cuales el gobierno nacional, en ejercicio de sus competencias administrativas, creyó oportuno aplicar al señor Salazar Ramírez la sanción disciplinaria de destitución, correspondía a este último demostrar en juicio que los actos acusados no se ajustan a la legalidad.

Por ende, acorde con los planteamientos hechos por la parte demandante en el escrito demandatorio, debe entonces verificarse por la Sala si el actor fue destituido de su cargo, con apego a la Ley y previa observancia del derecho de defensa.

Como ya se ha dicho por esta Corporación, la sanción disciplinaria de destitución exige el adelantamiento de un proceso disciplinario previo en desarrollo del cual el empleado haya tenido las posibilidades de controvertir los cargos que se le formulen. El referido proceso presupone, la apertura de la investigación, la formulación de cargos, la presentación de descargos, la práctica de pruebas solicitadas por el funcionario acusado, el concepto de la comisión de personal del organismo respectivo y la decisión administrativa del nominador contentiva de la sanción disciplinaria.

Ahora bien, de los elementos de juicio que obran en la investigación adelantada contra el actor y, otros funcionarios de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, se establece lo siguiente:

1o. Que mediante Resolución No. 01029 de marzo 30 de 1963 expedida por el señor Secretario General del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se comisiona al doctor Hernando Cuartas Gómez, profesional especializado del despacho del Ministro del ramo, para trasladarse a la ciudad de Medellín, con el fin de investigar presuntas irregularidades de carácter administrativo en la citada División (folio 30, disciplinario cdno. No. 1).

2o. Que el 4 de abril del mismo año el comisionado avoca la investigación y abre la misma contra el demandante y otros empleados de la comentada dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Asimismo, se ordena recibir declaración al actor y la práctica de una diligencia de careo entre algunos funcionarios (folio 36 *ibídem*).

3o. Que los días 4 y 6 de abril de 1983 se recibe declaración al demandante (folios 28 y 15 *ibídem*).

4o. Que el 12 de abril del referido año el veedor administrativo del mencionado Ministerio (el comisionado), rinde informe evaluativo sobre la investigación realizada, en el cual solícita, entre otras cosas, la destitución del actor (folio 42 *ibídem*).

5o. Que el 14 de abril de dicho año, la Comisión de Personal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se reune, con el fin de tratar, en otros temas, el caso del demandante (folio 103 *ibídem*).

6o. Que el 20 de abril de 1983 la citada Comisión rinde el correspondiente concepto al Ministro del ramo, en el cual se recomienda la destitución del actor del cargo que desempeñaba (folio 95 *ibídem*).

7o. Que mediante Decreto 1298 de mayo 4 de ese año el Gobierno Nacional destituye al demandante del cargo de Jefe de División 2040 grado 08 de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia (folio 88 *ibídem*).

8o. Que el 19 de mayo de 1983 el funcionario destituido interpone recurso de reposición contra el acto administrativo contentivo de la mencionada destitución (folio 68 *ibídem*).

9o. Que el 14 de junio del comentado año mediante el Decreto 1651 del Gobierno Nacional, se confirma en todas sus parte el Decreto No. 1298 de mayo 4 de 1983 (folio 28 cdno. ppal.).

De otro lado, observa la Sala que, en la parte considerativa del Decreto 1298 de mayo 4 de 1983, se afirma que los hechos fueron aceptados por el mismo funcionario inculpado en sus descargos; igualmente, en el contenido del Decreto 1651 de junio 14 de dicho año, se dice que el demandante "posteriormente, rindió declaración ante el funcionario, comisionado para adelantar la investigación disciplinaria el día 4 de abril de 1983, diligencia de confrontación ante el mismo funcionario y algunos de sus subalternos, el día 4 de abril del mismo año, y actuación posterior ante el mismo funcionario investigador al solicitar unas copias. De donde se infiere que el recurrente tuvo la oportunidad de controvertir los cargos que se le formularon y ejercer el derecho de defensa".

En escrito de agosto 15 de 1986 el apoderado de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- manifiesta que, no es cierto que no hubiera existido el traslado de los cargos al demandante, "pues el acto en referencia obra dentro del proceso disciplinario el cual se allegará al proceso como prueba, pues el referido acto es parte integrante de la investigación." (folio 50 cdno. ppal.).

En oficio de septiembre 5 del citado año, el mencionado apoderado de la parte demandada, adjunta entre otros documentos "copia de todo el expediente disciplinario seguido contra el actor por la veeduría administrativa de este Ministerio." (folio 52 *ibídem*). Y, finalmente tal apoderado en escrito de julio 15 de 1986 señala que "observando el procedimiento disciplinario, fue dentro de los mandatos contenidos en el Decreto 1950 de 1973, norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos, es decir, comprobación de los hechos, formulación de los cargos, práctica de pruebas, comisión de personal, etc., como se da cuenta en las copias auténticas que obran en el proceso." (folio 109 *ibídem*).

No obstante lo afirmado por el apoderado de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, y lo expuesto en el contenido de los Decretos acusados a que se ha hecho relación, de una detenida revisión de los documentos contentivos de la investigación disciplinaria adelantada contra el actor y otros funcionarios, se advierte que, no se encuentra la pieza procesal mediante la cual se debió formular pliegos de cargos al demandante y de la diligencia de presentación de los respectivos descargos por el funcionario inculpado, la cual no es viable jurídicamente confundir con las declaraciones que fueron recibidas al actor por el veedor administrativo del citado Ministerio, como parece inferirse del texto de los actos administrativos impugnados.

Asiste, pues, la razón a la agencia del Ministerio Público, cuando en su concepto de fondo de octubre 12 de 1988, considera que "El comprobado incumplimiento de exigencia legal tan importante como la de formular pliego de cargos al imputado vulnera seriamente el derecho de defensa, inseparable del debido proceso impuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional y desarrollados para el caso *sub-lite*, por el atrás citado artículo 150 del Decreto 1950 de 1973 (normas estas que se señalan como violadas), se traduce en la necesaria prosperidad de las súplicas de la demanda".

Finalmente, se considera oportuno reiterar que el pliego de cargos cumple una función vital dentro del proceso disciplinario, pues con base en él, la Administración de una parte, circunscribe la imputación específica de los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, y de otra parte, el inculpado puede ejercer adecuadamente su derecho de defensa respecto de cargos específicos y concretos. Se trata de un acto que delimita la atribución de la administración y concreta las bases de responsabilidad del funcionario y por lo tanto es pieza clave en dicho proceso.

Lo hasta aquí expuesto por la Sala, constituye argumento suficiente para que se proceda a anular los actos administrativos demandados por la parte actora y, por consiguiente, acceder a las súplicas de la demanda, sin que para ello se requiera profundizar en consideraciones de otra índole.

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

FALLA:

1o. Que son nulos los Decretos números 1298 de mayo 4 de 1983 y 1651 de junio 14 del mismo año, expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se destituyó al señor SAMUEL SALAZAR RAMIREZ del cargo de Jefe de División 2040, grado 08 de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia.

2o. Ordénase el reintegro del señor SAMUEL SALAZAR RAMIREZ, al cargo que venía desempeñando o, en su defecto, a otro de igual o superior categoría.

3o. Ordénase a la Nación a pagar al señor SAMUEL SALAZAR RAMIREZ, el valor de todos los sueldos, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se produjo el retiro del servicio hasta cuando se produzca su reintegro efectivo, descontándole en aplicación del art. 64 de la C.N., lo que hubiere percibido por los mismos conceptos del tesoro público, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, durante el mismo tiempo.

4o. Declárase que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte del señor SALAZAR R., durante el período señalado en el punto tres del presente fallo.

5o. Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Estudiado y aprobado por la Sala en sesión del día 6 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Diego Younes Moreno.

INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER/ DERECHO SINDICAL

El ejercicio de la facultad de remoción no tuvo finalidad de buen servicio sino la de acallar denuncias sobre posibles irregularidades en el manejo de los asuntos a cargo del Incora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3789. Autoridades Nacionales. Actora: María Teresa Vallejo Obregón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso instaurado por María Teresa Vallejo Obregón.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y mediante apoderado la señora María Teresa Vallejo Obregón pidió al Tribunal la nulidad del acto mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Fundamentó su demanda en una prolija relación de HECHOS, que pueden resumirse así:

Que trabajó al servicio del INCORA desde el 17 de septiembre de 1975 hasta cuando fue declarado insubsistente su nombramiento en el mes de mayo de 1984;

Que durante ese lapso no hubo contra ella ninguna queja, sino ascensos por la buena calidad de sus servicios;

Que desde 1975 se afilió al Sindicato Nacional de Trabajadores del Incora -SINTRADIN- y que en el momento de la insubsistencia era miembro de la Comisión Nacional de Reclamos de la mencionada organización sindical;

Que en ejercicio de sus funciones sindicales presentó quejas ante el Veedor del Ministerio de Agricultura por hechos irregulares que se estaban presentando en el INCORA;

Que el 22 de agosto de 1983 el mencionado Veedor envió un memorando al Secretario General del Ministerio de Agricultura dándole cuenta de quejas formuladas por ciudadanos, antiguos funcionarios y miembros del Sindicato del INCORA;

Que ese memorando se refiere a distintas anomalías y destaca la incertidumbre laboral vivida en el Instituto;

Que SINTRADIN hizo denuncias concretas en la prensa nacional;

Que en diciembre de 1983, en memorando al Ministro de Agricultura, el Veedor se refiere a descargos del Gerente General del INCORA en relación con cargos formulados por el Ministro;

Que en el mismo mes y año, la Procuradora Agraria, en su informe evaluativo al Procurador General de la Nación consideró procedente formular pliego de cargos al señor Gerente General del INCORA;

Que quedó a discreción del Procurador General de la Nación esa posible formulación de cargos, así como a otros dos funcionarios del INCORA;

Que el 20 de marzo de 1984, la Junta Directiva de SINTRADIN y su Comisión de Reclamos -de la cual formaba parte la señora Vallejo Obregón- pidió a la Procuraduría que le dejara conocer sus conclusiones sobre el informe de la Procuradora Agraria;

Que el 4 de mayo de 1984, el Jefe de la Oficina de Planes y Programas del INCORA dijo al señor Julio César Benavides Ramírez que sus acusaciones contra la administración -formuladas, entre otros, también por María Teresa Vallejo Obregón- eran tendenciosas e inexactas, por lo cual se le formulaba pliego de cargos;

Que el 16 de mayo de 1984 el Gerente General del INCORA declaró insubsistente el nombramiento de la señora Vallejo Obregón la funcionaria distituida (sic), el 23 de mayo de 1984 solicitó "revocatoria directa o reposición", aduciendo que su destitución se inspiró en razones de orden estrictamente sindical;

Que el 29 de mayo el Gerente negó esa solicitud, arguyendo que hacía uso de un poder discrecional;

Que el 29 de mayo (de 1984) el doctor Julio César Benavides Ramírez ridió sus descargos;

Que el 23 de agosto la Procuraduría formuló pliego de cargos al Gerente General del INCORA;

Que dentro de los cargos formulados al Gerente está el de "haber declarado la insubsistencia de 307 empleados y trasladado a 249 en los meses de septiembre y octubre de 1983";

Que de todo lo anterior se desprende que en realidad la declaratoria de insubsistencia de la señora Vallejo Obregón se hizo como represalia por las quejas presentadas por el Sindicato del cual hacia parte;

Que el acto demandado adolece de desviación de poder y falsa motivación;

De acuerdo con su colaboradora Fiscal, el Tribunal accedió a las súplicas de la demanda, considerando para ello que el acto acusado no se emitió en ejercicio de la facultad discrecional del nominador, sino "con el ánimo de sancionar a la actora por su conducta sindical" (fl. 320).

Afirma el instituto para fundamentar su inconformidad con la sentencia apelada, que el Tribunal partió de la base de que las denuncias hechas por la señora María Teresa Vallejo Obregón ante el Ministerio de Agricultura y la Procuraduría, habían sido el motivo de la insubsistencia, pero que esto no tiene respaldo probatorio.

Se analizan después los diferentes testimonios recibidos para concluir que tales declaraciones no prueban lo aseverado por el *a-quo*. También se hacen consideraciones acerca de la desviación de poder, a fin de demostrar que no se configura y que simplemente se hizo uso de la facultad de libre nombramiento y remoción.

El señor Fiscal cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo estima que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto acusado, que la sentencia apelada debe revocarse y que, de consiguiente, han de negarse las peticiones impetradas.

Surtido el trámite relativo a la apelación y no observándose causal de nulidad sobre la actuación surtida, procede la Sala a resolver mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Cuando se produjo la resolución acusada, la demandante era funcionaria sujeta al régimen de libre nombramiento y remoción. No gozaba de período fijo, no estaba inscrita ni escalafonada en carrera administrativa, ni gozaba de fuero alguno de relativa inamovilidad o permanencia.

En tal virtud, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia, es decir, en la forma como se hizo, de acuerdo con expresa facultad concedida al nominador en el Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 26, y en su reglamentario 1950 de 1973, artículo 107.

Como lo tiene admitido copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando se produce una decisión administrativa en este sentido, se presume que estuvo inspirada en razones de buen servicio y el acto que lo contiene lleva en sí mismo la presunción de legalidad que lo informa; presunción que obviamente es susceptible de desvirtuarse con prueba en contrario.

En esta oportunidad se dijo en el libelo que "...el acto acusado implica extralimitación de funciones, desviación de poder y falsa motivación" (fl. 71).

Concretamente se afirma que la declaratoria de insubisistencia del nombramiento de la señora María Teresa Vallejo Obregón no se hizo en procura del buen servicio sino que se tomó en represalia por las quejas que ella había presentado, junto con otros empleados y en su calidad de sindicalistas, contra algunos funcionarios del INCORA, quejas que obligaron la posterior intervención de la Procuraduría General de la Nación y la formulación de cargos contra el propio Gerente del Instituto.

Del material probatorio obrante en el proceso se obtienen indicios suficientes de que, como lo dice el *a-quo* "...la declaratoria de insusbsistencia del nombramiento de la actora guarda estrecha relación de conexidad con las denuncias que ella suscribiera junto con otros empleados miembros del sindicato".

La circunstancia de que el INCORA hubiera decidido correr pliego de cargo al señor Julio César Benavides Ramírez -otro de los quejosos por las fallas del Instituto- deja entrever que esas denuncias molestaron bastante al Gerente y que éste deseaba sancionar esa conducta.

En este orden de ideas puede concluirse, como lo hizo el Tribunal, que el ejercicio de la facultad de remoción no tuvo en este caso finalidad de buen servicio sino la de acallar denuncias sobre posibles irregularidades en el manejo de los asuntos a cargo del Instituto.

Como tal proceder implica desvío de poder, el acto acusado quedó viciado de nulidad, y en consecuencia la sentencia apelada amerita ser confirmada.

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

FALLA:

1o. Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de mayo de 1988 dentro del proceso iniciado por la señora María Teresa Vallejo Obregón.

2o. Adiciónase tal sentencia en el sentido de ordenar, que de las sumas que se paguen a la señora María Teresa Vallejo Obregón, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria descuente lo que ella hubiera recibido de entidades públicas por concepto de sueldos, prestaciones sociales u honorarios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la C.N.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de seis (6) de febrero de 1991.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Régimen Prestacional/ **PRESTACIONES SOCIALES** - Fijación/ **CONGRESO/ COMPETENCIA/ FOCINE/ BONIFICACION POR SERVICIOS**

Según reiterada consagración jurisprudencial, las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no pueden fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores, por la sencilla razón de que para tal efecto no han recibido autorización constitucional ni legal.

La Junta Directiva de FOCINE carecía de competencia para reconocer el derecho a la bonificación por servicios prestados para los empleados de dicha empresa.

DECLARASE NULO el Acuerdo número 0018 de diciembre 18 de 1985, proferido por la Junta Directiva de la compañía de Fomento Cinematográfico, Focine.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente 2635. Autoridades Nacionales. Actor: Hugo Latorre Donado.

HUGO LATORRE DONADO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta jurisdicción el 2 de abril de 1987 solicitando la declaración de nulidad del Acuerdo No. 0018 de diciembre 18 de 1985 expedido por la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-, mediante el cual se reconoce a los empleados de la

citada empresa industrial y comercial del Estado el derecho a la bonificación por servicios prestados, cuyo texto es el siguiente:

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMPAÑIA DE FOMENTO CINEMATOGRAFICO -FOCINE-

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias y en especial de las que le confieren los ordinales d) y h), de los Estatutos, de la Compañía, Decreto 3137 de 1979, y

CONSIDERANDO QUE:

El Decreto 1042 de 1978, creó una bonificación por servicios prestados que se reconocería y pagaría al empleado cada vez que cumpliese un año continuo de labor en la misma entidad oficial equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la asignación básica.

El Decreto 451 de 1984, modificó la cuantía de dicha bonificación indicando que ésta equivale al cincuenta por ciento (50%), del valor conjunto de la asignación básica los incrementos por antiguedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla siempre que no devengue una remuneración superior a CINCUENTA MIL PESOS ($50.000.oo) MONEDA CORRIENTE; para los demás empleados la bonificación será del treinta y cinco por ciento (35%), del valor conjunto de los factores de salario señalados anteriormente.

El Consejo de Estado, en concepto del 8 de noviembre de 1984, expresó:

"Es cierto que ninguna disposición del Decreto Ley 1045 de 1978, se refiere a las prestaciones sociales de los empleados de las empresas industriales y comerciales del Estado. Pero la Sala considera que se trata de una omisión que se remedia reconociendo a esos empleados las mismas prestaciones sociales que la ley prescribe para los de la administración nacional, como lo hace el Decreto Ley 3135 de 1968, conforme al principio jurídico según el cual "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición", que en el régimen jurídico colombiano se hace efectivo, específicamente, con base en el principio de la analogía prescrita por el Artículo 8° de la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, el acto del Consejo Directivo de Prosocial, que es una empresa industrial y comercial del Estado, por el cual, según el enunciado de la consulta que se absuelve, "se creó la prima de vacaciones para los empleados de la entidad, en las mismas condiciones de la estipulada (sic), en el Decreto No. 230 de 1975" tiene por fundamento la expuesta interpretación, que imlica (sic), como lógica consecuencia, la posibilidad de aplicar a los empleados de las empresas comerciales e industriales del Estado, entre otros, el Artículo 24 del Decreto Ley 1045 de 1978.

ACUERDA:

ARTICULO 1°. Reconócese el derecho a una bonificación por servicios prestados para todos los empleados de la Compañía de Fomento Cinematográfico, en los términos de tiempo y cuantía que para tal efecto consagran los Decretos 1042 de 1978 y 451 de 1984.

ARTICULO 2°. Tendrán derecho a la bonificación aquellos empleados que presten sus servicios a la Compañía y que a la fecha del presente Acuerdo comprueben como mínimo un (1) año cumplido y continuo de servicio.

PARAGRAFO.- La bonificación que por este Acuerdo se reconoce dará lugar al pago de la suma que corresponda al año de servicios prestados durante el año de 1985, y en lo sucesivo quien acredite un año de servicios, le será reconocida y su pago se hará inmediatamente se compruebe este requisito.

ARTICULO 3°. El pago de la bonificación por servicios prestados se hará teniendo en cuenta la asignación básica y los gastos de representación en las cuantías señaladas por el Decreto 451 de 1984, ya citado.

ARTICULO 4°. El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición del Acuerdo acusado, los artículos 20 y 76, numeral 9° de la Constitución Política; 26 del Decreto 1050 de 1968; 1 y 45 del Decreto 1042 de 1978.

En el extenso concepto de la violación el demandante manifiesta que, el acuerdo acusado desconoce el artículo 20 de la Carta, porque los funcionarios no pueden hacer sino aquello que expresamente les está permitido por la ley, teniendo en cuenta que la Junta Directiva de Focine carecía de competencia para establecer la bonificación por servicios prestados, por cuanto que su creación es atribución legislativa. Igualmente, expresa el actor, que el acto administrativo impugnado viola el artículo 76, numeral 9° de la Constitución Política, toda vez que, es la ley la que debe establecer las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales del personal vinculado a la administración pública nacional; asimismo, se señala que, se desconocieron los artículos 1° y 45 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978, en atención a que tales disposiciones solo son aplicables para los empleados de los organismos oficiales de la Rama Ejecutiva y no para los servidores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (folios 6, 7, 8 y 9).

Por auto de 4 de diciembre de 1987 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del Acuerdo acusado, con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

Tratándose de la acción de nulidad, para que la suspensión provisional de un acto administrativo sea procedente, basta que haya manifiesta violación de una norma superior que pueda percibirse a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas, como lo establece el artículo 152 del C.C.A.

En el presente caso, efectuada la sencilla comparación, se observa que evidentemente la prestación a que se refiere el acuerdo 0018 acusado, solo puede establecerla el legislador o el ejecutivo mediante facultades que expresamente se le confieran, a términos de los numerales 9 y 12 del artículo 76 de la Constitución Política.

No podía, entonces, la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE crear para sus trabajadores la bonificación por servicios prestados, creada por la ley únicamente para los servidores de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y no para las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo es la mencionada compañía.

Luego la medida solicitada debe despacharse favorablemente.

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de agosto 5 de 1988, pidió la declaración de nulidad del Acuerdo acusado en la demanda, estimando que aquel es violatorio, entre otras disposiciones, del artículo 76, numeral 9 de la Constitución Política.

Sobre el particular, la agencia del Ministerio Público manifiesta:

En el presente caso, consiste en dilucidar si el acto acusado se ajusta a derecho, teniendo en cuenta que según la demanda, la Ley no ha incluido a los empleados de las Empresas Industriales y Comerciales, como beneficiarios de la bonificación por servicios prestados, por no estar amparados por el artículo 1° del Decreto 1042 de 1978.

El acto acusado o Acuerdo 0018 de diciembre 18 de 1985, por el cual se reconoce el derecho a la bonificación por servicios prestados de la Compañía de Fomento Cinematográfico a todos los empleados de esta en los términos y cuantía de los Decretos 1042 de 1978 y 451 de 1984, se encuentra a folios 1 a 2 del expediente.

El Decreto Extraordinario 1042 de 1978, establece el sistema de momenclatura (sic) y clasificación de los empleos de los Ministerios, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden Nacional, se fijan las Escalas de Remuneración correspondientes a dichos empleos, y se dictan otras disposiciones.

El artículo 45 señala la bonificación por servicios prestados para los funcionarios, a que se refiere el artículo 1° de la citada normatividad.

De conformidad con el artículo 76,9 de la Constitución Nacional, solo el Congreso puede "determinar la estructura de la Administración Nacional, mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las Escalas de Remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales".

La bonificación creada mediante el acto acusado, es una competencia de la órbita exclusiva del Congreso, bien directamente fijada por ella, o por medio de la Ley concediendo la facultad a la entidad correspondiente para hacerlo, o del Presidente de la República, revestido de facultades *pro-tempore* a términos del artículo 76,12 de la Constitución Nacional.

Fuera de lo anteriormente expuesto, las entidades como FOCINE no pueden ocuparse de los temas allí propuestos. La bonificación que da cuenta el acto acusado está permitida para las entidades relacionadas en el artículo 1° del Decreto Ley 1042 de 1978, expedido con base en las facultades extraordinarias de la Ley 5a. del mismo año, que señala el ámbito de aplicación del mismo, entre el cual, no se encuentran las empresas industriales y comerciales del Estado, por cuanto el artículo 46 limita su reconocimiento para aquellos empleados que hayan prestado sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del Orden Nacional. Por lo tanto, la fijación de esta bonificación por medio del Acuerdo demandado sería anulable, por violación del artículo 76,8 de la Constitución Nacional.

Vale la pena anotar que no desconoce la Fiscalía que esta omisión debe ser corregida por la Ley, pero mientras no suceda, no es posible aplicar los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, artículo 7°, por cuanto a pesar de que estas se refieren a todos los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del Poder Público, mientras la Ley no disponga otra cosa. Se aprecia que la norma arriba mencionada, está poniendo un límite para ser beneficiario de la bonificación y es el de pertenecer a las entidades señaladas en el artículo 1° y como las Empresas Industriales no están dentro de esta, por disposición especial, fácil es concluir que la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico "FOCINE", violó el artículo 76,8 de la Constitución Nacional, al expedir el acto acusado.

CONSIDERACIONES:

1o. Como es de conocimiento, la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-, es una empresa industrial y comercial del Estado del orden Nacional.

2o. Como consta en el expediente, la Junta Directiva de la citada Empresa, expidió el Acuerdo No. 0018 de diciembre 18 de 1985 "Por el cual se reconoce el derecho a la bonificación por servicios prestados por los empleados de la Compañía de Fomento Cinematográfico".

3o. El artículo 76, numeral 9 de la Carta, deja en poder del legislador la determinación del régimen salarial y prestacional de los servidores del Estado, el cual también puede ser establecido por el Ejecutivo, mediante la expedición de decretos extraordinarios, en virtud de precisas facultades que se le otorguen con arreglo a los preceptos del numeral 12 *ibídem*.

4o. Según reiterada consagración jurisprudencial, las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no pueden fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores, por la sencilla razón de que para tal efecto no han recibido autorización constitucional ni legal.

5o. Como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto extraordinario 3130 de 1968 (sentencia de diciembre 13 de 1972) que facultaba a las juntas o consejos directivos del nivel nacional para efectuar asignaciones de esa naturaleza se ha sostenido con énfasis mayor que decisiones de tal carácter no le están permitidas a dichos cuerpos colegiados de las entidades descentralizadas nacionales, departamentales o municipales.

6o. El artículo 45 del decreto extraordinario 1042 de 1978, que creó la bonificación por servicios prestados para los funcionarios de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, no es aplicable para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como en el caso de la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-, que goza de tal naturaleza jurídica; le asiste, por ende, razón a la parte actora y a la agencia del Ministerio Público cuando afirma que el Acuerdo impugnado debe ser anulado.

7o. Consecuentemente con lo planteado por la Sala, en el caso *sub-lite*, la Corporación procederá a declarar la nulidad del acto administrativo impugnado proferido por la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-, por carecer dicha junta de competencia para reconocer el derecho a la bonificación por servicios prestados para los empleados de la referida empresa, por las razones ya anotadas.

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

FALLA:

Declárase nulo el Acuerdo No. 0018 de diciembre 18 de 1985, proferido por la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico -FOCINE-.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Diego Younes Moreno.*

EMPRESA LICORERA DE SANTANDER/ EMPLEADO PUBLICO/ TRABAJADOR OFICIAL/ EMPLEADO OFICIAL - Clasificación/ **COMPETENCIA**

La regla general de clasificación de los empleados oficiales en el derecho administrativo laboral colombiano, es de competencia del legislador. El acto específico mediante el cual se concreta el mandato del legislador, en las entidades descentralizadas, es de naturaleza eminentemente administrativa y es de competencia de las autoridades administrativas. En el orden nacional la clasificación general como principio rector se encuentra contenida en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, y su concreción se lleva a cabo por los estatutos en particular, para definir las excepciones a las reglas generales allí sentadas, o sea las de vinculación estatutaria en las entidades que conforman la Rama Ejecutiva y la contractual laboral para las empresas industriales y comerciales del Estado. En las entidades territoriales rigen los preceptos de los nuevos Códigos Departamental y Municipal. Antes de su expedición, para llenar el vacío, tanto la Corte como el Consejo de Estado optó por dar aplicación a las normas del orden nacional.

La resolución de la Junta Directiva de la empresa se limitó a especificar los cargos ya consagrados por los estatutos como desempeñables por empleados públicos, sin desbordar los estatutos y sin variar el principio general de vinculación contractual laboral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E., febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 2752. Actor: Hugo Molano Rojas y otros. Autoridades Departamentales.

Los ciudadanos Hugo Molano Rojas, Marco Tulio Alvarado V., Luis Aurelio Prada P., Jairo Vargas C., Luis E. Acevedo, Isaac Guarín, Carlos E. Pinto, Allan García Sáenz, Norberto Cifuentes, Solange Blanco, Alvaro Niño y Humberto Rueda, empleados de la Empresa Licorera de Santander, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentaron demanda contra la Empresa Licorera de Santander, con el objeto de que se declare nula la Resolución No. 00871 de 28 de junio de 1984, expedida por la Junta Directiva de la citada empresa industrial y comercial departamental, mediante la cual son declarados empleados públicos.

Los actores solicitan se declare, a título de restablecimiento del derecho, que son trabajadores oficiales y tienen derecho a conservar tal condición, hasta su retiro definitivo de la empresa y a percibir los beneficios de la asociación sindical y los de orden salarial y prestacional que se pacten en las convenciones colectivas.

Presenta la demanda, un cargo principal y uno subsidiario.

El principal lo hacen consistir, en que la demandada es una empresa industrial y comercial del departamento, y por regla general sus empleados son trabajadores oficiales y por excepción empleados públicos y por consiguiente, como la Junta Directiva varía unilateralmente la naturaleza jurídica del vínculo que sostenía con ellos, al convertirlos en empleados públicos, se vulneran sus derechos y prerrogativas que emanan de los contratos de trabajo existentes.

Aclaran los demandantes en la adición de la demanda, que los estatutos básicos de la Empresa están contenidos en la ordenanza 12 de 1982 y los que correspondían al tiempo de la demanda, en la ordenanza No. 38 de 1983 (Fls. 32, 42 y 179).

El cargo subsidiario, lo hacen consistir en que tanto la Asamblea como la Junta Directiva de la Empresa, carecen de competencia para regular la clasificación de sus empleos, por ser esta materia reservada al legislador, conforme al artículo 76 numeral 10 de la C.N.

Como normas violadas citan las siguientes: Artículos 17 y 30 C.N.; 1o. letra g) L. 65 de 1967; 5° Decreto 3135 de 1968; 4° Decreto 2127 de 1945; 1 a 6 Decreto 1848 de 1969; 4 y 353 y S.S. C.S.T. y 1602 del C.C.

La parte demandada contestó la demanda, manifestando básicamente que la Junta Directiva de la Empresa no calificó ningún empleo público, pues esta actividad la realizó la Asamblea Departamental de Santander, mediante las ordenanzas 12 de 1982 y 38 de 1983, las cuales se ajustan a los Artículos 187 de C.N. y 5° del Decreto 3135 de 1968 (Fls. 195 a 204).

Admitida la demanda, el Tribunal Administrativo ordenó suspender provisionalmente el acto acusado, por considerar que se violó el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 (Fl. 144). Surtido el trámite procesal y practicadas las pruebas solicitadas por las partes (Fls. 239 a 430), éstas presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, reiterando sus peticiones (Fls. 432 a 440).

El Fiscal del Tribunal Administrativo, emite concepto desfavorable a las peticiones de los demandantes, por considerar que el acto acusado se ajusta al derecho y de acuerdo con los estatutos de la Empresa, expedidos por la Asamblea Departamental, la cual tiene competencia para ello de conformidad con la Constitución Nacional y la Ley. (Vista Fiscal No. 191 de 11 de septiembre de 1986).

El Tribunal Administrativo de Santander, en la sentencia, deniega las peticiones de la demanda, revoca la suspensión provisional del acto acusado y condena en costas a los demandantes (Fls. 449 a 459).

Notificada la sentencia, el demandante interpuso el recurso de apelación (Fl. 472 a 477). El Fiscal ante el Consejo de Estado, solicita la confirmación de la sentencia, luego de examinar los diferentes argumentos expuestos en el proceso (Fls. 481 a 484).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. La Sala considera oportuno inicialmente, distinguir la competencia para establecer la REGLA GENERAL DE CLASIFICACION y la competencia para su APLICACION EN CONCRETO en las entidades oficiales. La Primera, o regla general de clasificación de los empleados oficiales en el Derecho Administrativo Laboral Colombiano, es de competencia del legislador. La Segunda, o acto específico mediante el cual se concreta el mandato abstracto del legislador, en las entidades descentralizadas, es de naturaleza eminentemente administrativa y es de competencia de las autoridades administrativas.

2. En el orden nacional, la clasificación general como principio rector, se encuentra contenida en el artículo 5° del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, y su concreción se lleva a cabo por los estatutos en particular, para definir las excepciones a las reglas generales allí sentadas, o sea las de vinculación estatutaria en las entidades que conforman la Rama Ejecutiva y la contractual laboral para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En las entidades territoriales, rigen para la hora de ahora, los preceptos sobre la materia en los nuevos códigos departamental y municipal, se contienen en los artículos 233 del primero, y 292 del segundo, que siguen los lineamientos de la reforma de 1968 para el plano nacional.

3. Antes de la expedición de los citados códigos, para llenar el vacío, la jurisprudencia, tanto de la Corte como del Consejo de Estado, optó por dar aplicación a las normas del orden nacional.

4. El Artículo 32 de la Ordenanza 12 de 1982, "Por la cual se adoptan los estatutos de la Empresa Licorera de Santander y se reforma la Ordenanza No. 70 de 1948", vigente actualmente, máxime si se considera que la Ordenanza 38 de 1983 que la modificó fue declarada nula, dice:

> "*Las personas que presten sus servicios* a la Empresa Licorera de Santander *son trabajadores oficiales* y su vinculación laboral será la contractual prevista en las disposiciones legales. *Exceptúanse* las siguientes actividades que tendrán la calidad de empleos públicos.
>
> Gerente, Directores de División, Directores de Departamentos, los Profesionales adscritos al grupo de Bienestar Social, los Asesores Jurídicos, laborales y fiscales, el Jefe de Planeación, el jefe de Contabilidad, el Jefe de Mercadeo, el Jefe de Servicios Generales, el Jefe de Personal y el Jefe de Tesorería.
>
> PARAGRAFO: Igualmente tendrán la calidad de Empleados públicos las personas que se hallen vinculadas o que posteriormente lo fueron para desempeñar funciones publicitarias. El Coordinador de Publicidad será empleado público.
>
> Los cargos de Trabajadora Social, de Secretaria y Dibujante del Departamento de Publicidad seguirán siendo trabajadores oficiales." (se subraya).

5. Comparte la Sala el aserto del Fiscal 4° del Consejo de Estado, quien al solicitar la confirmación de la sentencia sostuvo que la clasificación de los empleados al servicio de la entidad demandada, le está atribuida a los Estatutos de dicha entidad y que dichos estatutos están consignados en la Ordenanza 12 de 1982.

6. Al comparar la Resolución 871 de 28 de junio de 1984, proferida por la Junta Directiva de la Empresa, se aprecia que se limita a especificar los cargos ya consagrados por los estatutos como desempeñables por empleados públicos, sin desbordar los estatutos y sin variar el principio general de vinculación contractual laboral, pues la variación de este principio, lógicamente si ocasionaría, indubitablemente la ilegalidad del acto, como sostuvo esta Sala en sentencia de 1571 de 7 de noviembre de 1989, en la cual se dijo que "los estatutos de las entidades descentralizadas no son autónomos en el tratamiento de la materia, pues deben obedecer los principios generales de la Ley sin que puedan invertirlos". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ. Exp. No. 506. Actor: ALIRIO MARTINEZ SERNA.)

Por lo demás, no encuentra la Sala violadas las disposiciones Constitucionales invocadas como transgredidas en el libelo, por cuanto estas lo son en la medida en que infrinjan los textos legales que les dan vida y desarrollo, lo cual no sucedió en el *sub-lite*.

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmase la sentencia apelada.

SEGUNDO: En firme este proveido, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en Sesión realizada en la fecha enero 30 de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas B., Joaquín Barrero Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

MINISTERIO PUBLICO/ INGRESO AL SERVICIO - Inhabilidad/ **RESERVA MORAL/ ACTO DE CONFIRMACION**

Si con apoyo en pruebas un nominador forma su convencimiento en conciencia y concluye en que se configura la causal de inhabilidad para negar una confirmación, el juzgamiento de tal negativa sería casi que imposible, al no existir parámetros normativos para hacerlo. Pero, bien distinto es el caso presente en que, como se analizó, lo discutido no ha sido la convicción moral de los funcionarios que expidieron los actos acusados, sino su fundamento probatorio que resultó contrario al establecido en las normas mencionadas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 2588 Decretos Gobierno. Actor: Alfonso Barrera Zambrano.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el demandante Alfonso Barrera Zambrano contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 29 de enero de 1987, que declaró la ineptitud sustantiva de la demanda que había presentado, tendiente a obtener la nulidad de las resoluciones expedidas por el Gobierno Nacional que le negaron la confirmación de su nombramiento como Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y el restablecimiento del derecho que actualmente y por la pretensión subsidiaria, por estar vencido el período, se concreta en el pago de los haberes que hubiera recibido durante aquel.

Relata la demanda que el actor estuvo sirviendo durante largos años en el Ministerio Público desde 1972 hasta 1985, salvo a finales de 1979 y mediados de 1980 que se desempeñó como Juez de Instrucción Criminal en Cúcuta y prosigue:

"13. Mediante el Decreto número 2085 del 31 de julio de 1985, ni poderdante fue nombrado por el Gobierno Nacional, de ternas pasadas por el Procurador General de la Nación, en el cargo de Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta;

14. El día 13 de agosto de 1985, mi poderdante presentó al Procurador General de la Nación renuncia de su cargo de Procurador Regional, para entrar a desempeñar la Fiscalía para la que había sido nombrado.

15. Por medio de Decreto número 604 de agosto 16 de 1985, a partir de esa misma fecha el Procurador aceptó la renuncia de mi poderdante, en su condicion de Procurador Regional de Quibdó.

16. Dice la conducta intachable de mi poderdante en el desempeño de sus cargos en el Ministerio Público, la proposición aprobada por la sesión plenaria del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el día 27 de marzo de 1984, por medio de la cual ese Tribunal expresó a mi poderdante los más grandes sentimientos de gratitud por su valiosa ayuda a la administracion de justicia y de manera especial con esa Corporación.

17. Dice también de la hombría de bien de mi poderdante, el reconocimiento que le hizo el Colegio Nacional de Periodistas (seccional Norte de Santander) al reconocerlo como socio honorario.

18. En el mismo orden de ideas, la propia Procuraduría General de la Nación certificó el día 6 de agosto de 1985 sobre el hecho de que mi poderdante no registraba antecedentes disciplinarios.

19. Pero la prueba más contundente de la conducta de mi poderdante radica en el hecho de que desde el año de 1972, tal como lo muestra su Hoja de Vida, con escasos intervalos que no alcanzan los dos años, mi poderdante desempeñó distintos cargos en el Ministerio Público, hasta alcanzar el de Procurador Regional, por lo que resulta extraño y absurdo que después de tanto tiempo al Servicio de la Procuraduría General de la Nación no se le haya confirmado en el cargo de Fiscal por no reunir requisitos para desempeñar cargos en el Ministerio Público.

20. La no confirmación de mi poderdante en el cargo de Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta obedeció a una serie de chismes recogidos por la Secretaría General de la Procuraduría, entre ellos un anónimo, así como se fundamentó también en una declaración que se produjo en circunstancias de coacción que le restan cualquier valor, constituyendo así dicha no confirmación un acto administrativo nulo por vicios de forma, falsa motivación y desvío de poder, tal como se desprende de lo siguiente:

a) Dice la Secretaría General de la Procuraduría en escrito dirigido al Viceprocurador, de septiembre 5 de 1985, (oficio SG. No. 1786), que el doctor López Garzón le entregó un escrito anónimo de fecha 8 de enero de 1985;

b) El escrito anterior que fue dirigido al Procurador General de la Nación dice, entre otras cosas, que la Procuraduría Regional de Cúcuta no funciona por "pereza y decidía" (sic), así como que sus funcionarios no atendían las oficinas por permanecer "en los establecimientos públicos consumiendo licor" y "ejercer el amancebamiento en las casas de cita", "así como que el Procurador se desnuda", y otra serie de procacidades, que es difícil pensar que la Procuraduría pudiera darle alguna credibilidad;

c) En otro escrito, firmado por un tal Juan Alvarez, quien no existe, dirigido al Procurador, y también recogido por la entidad como elemento de juicio para la no confirmación, se lee: "La Sociedad Cucuteña está en la espera de la llegada de ese pillo de siete suelas, que entre otras cosas no es Cucuteño, ya como Fiscal de Tribunal... lo que este señor hizo a mi hija Nubia Alvarez no tiene perdón..." y se continúa con otra serie de sandeces, que la Procuraduría tomó como serios elementos de juicio para solicitar la no confirmación de mi poderdante como Fiscal;

d) Esos anónimos fueron recogidos por la Secretaría General como como (sic) elementos serios de juicio. Así se desprende de su escrito de agosto 22 de 1985 (oficio SG. No. 1652 Bis), dirigido al Procurador, en donde afirma: "Me permito manifestarle que he consultado la opinión de diferentes, personas entre ellas: Magistrados, Fiscales, Jueces... sobre la conducta de los doctores ALFONSO BARRERA ZAMBRANO...".

"El balance que hago sobre estos profesionales, se puede sintetizar, diciendo que hay suficientes elementos de juicio, sólidos y consistentes, en el sentido de que carecen de buen nombre dentro de la ciudadanía cucuteña y gozan de mala fama en razón de sus conductas, públicas y privadas, que en el lugar se consideran incompatibles con el desempeño de cualquier empleo público de cierta trascendencia."

Y concluye la Secretaría General: "Existe verdadero escándalo por la designación de los doctores Barrera Zambrano..."

e) En agosto 23 de 1985, el Procurador General de la Nación se dirige al Presidente de la República para solicitarle la no confirmación del nombramiento de mi poderdante, con base en el Informe rendido por la Secretaría General.

21. Por medio de la Resolución número 259 de septiembre 19 de 1985, el Presidente de la República y el Ministro de Justicia negaron la confirmación del nombramiento de mi poderdante;

22. Notificado mi poderdante el 1o. de octubre de la Resolución 259, interpuso inmediatamente recurso de reposición, el que fue sustentado en oportunidad;

23. Con fecha 30 de octubre de 1985, por medio de la resolución número 308 de octubre de 1985, el gobierno nacional no accedió a reponer la resolución recurrida;

24. El día 20 de noviembre de 1985, mi poderdante fue notificado del contenido de la Resolución número 308 de octubre de 1985;

25. El padre de Nubia Alvarez, José Trinidad Alvarez, dirigió un mensaje al Secretario General de la Presidencia de la República, con nota de presentación ante un Juzgado, en donde afirma que no ha puesto queja alguna contra Alfonso Barrera Zambrano.

26. Con fundamento en los anónimos a que he hecho referencia en los literales a), b), y c) del numeral 20 de estos hechos, la Secretaría General se dirigió el 5 de septiembre al Viceprocurador para solicitarle investigar la conducta de Alfonso Barrera.

27. La petición de apertura de investigación formulada por la Secretaría General fue tan vaga, tan imprecisa, tan antitécnica que el Viceprocurador respondió (ver oficio VV.P, No. 1459) a la Secretaría General pidiéndole "Suministrar los nombres y apellidos de los Magistrados, Fiscales, Jueces, Funcionarios Administrativos, Funcionarios y de personas particulares a quienes consultó y le rindieron un testimonio pormenorizado respecto a la conducta del doctor Alfonso Barrera Zambrano".

28. Otro de los elementos que sirvió de base al juicio de la Secretaría General sobre la conducta de mi poderdante fue la declaración del señor Víctor Villamizar, que de acuerdo con lo dicho por la doctora Piedad Manrique Corzo y por Raúl Laguado fue una declaración obtenida por medio de la coacción y de la amenza (sic) en el sentido de que si Víctor Villamizar no declaraba contra mi poderdante corría el riesgo de que se le abriera un disciplinario.

29. Todo este embrollo artificioso, mañoso, absurdo e inicuo, creado para impedir la confirmación de mi poderdante como Fiscal, vicia de nulidad absoluta por muchos conceptos la decisión del gobierno nacional."

Los capítulos que el demandante denomina NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACION se expusieron así:

III. NORMAS VIOLADAS

Artículos 2, 20, 26, 63, 144, y 159 de la Constitución Política; artículos 1, 14, 28, 34, 35, 84 y 85 del Decreto Ley 001 de 1984; artículos 8, numeral 8, 66, 67, y 73 Decreto número 1660 de 1978.

1. *El recurso de reposición.* Al presente concepto de la violación debe entenderse incorporado el alegato que con ocasión del recurso de reposición, mi

poderdante presentó al Presidente de la República, pero que fue desechado, tal como lo muestra el hecho de haber sido confirmada la providencia recurrida. Sin embargo, considero que los argumentos expuestos en aquella oportunidad son de gran peso jurídico, por lo que retomo alguno de ellos para ampliarlos y precisarlos en este concepto de la violación.

2. *La competencia de los funcionarios públicos*. Un estado de derecho se caracteriza por ser precisamente distribución de competencias pues ella indica el límite del ejercicio de los poderes públicos y el campo de la libertad individual. En ese sentido nuestro texto constitucional dice en su artículo 63, que no habrá en Colombia cargos que no tengan funciones detalladas en la ley o en el reglamento y en concordancia con dicho texto el artículo 2°. prescribe que los poderes públicos se ejercerán dentro de los límites previstos constitucionalmente, existiendo responsabilidad de los funcionarios cuando ello no sucede así, conforme a lo mandado por el artículo 20 del mismo texto constitucional.

En ese orden de ideas, puede observarse que la competencia del Procurador General de la Nación, en cuanto se refiere a la designación de Fiscales de los Tribunales Superiores, se limita a presentar al Presidente de la República las ternas de donde éste debe escoger y nombrar a los futuros funcionarios.

Realizado el nombramiento de dichos funcionarios, viene luego el proceso de confirmación, que es una potestad reglada, no discrecional de la autoridad nominadora, cuyo ámbito de movimiento está condicionado y limitado por los artículos 66, inciso final, y 67 del Decreto 1660. Dicen esas normas lo siguiente: "Art. 66.-... "La autoridad competente para hacer la confirmación sólo podrá negarla cuando el designado no acredite adecuadamente el cumplimiento de los requisitos y calidades dentro del término correspondiente, o cuando de las pruebas señaladas en el artículo siguiente se establezca que el funcionario o empleado está impedido o inhabilitado para desempeñar el cargo". Artículo 67.- "Para la confirmación del nombramiento deberán aportarse las siguientes pruebas:

"1. Las relativas a la edad y a la calidad de nacional colombiano;

"2. Certificación de la vigencia de la cédula de ciudadanía;

"3. Certificación sobre el pasado judicial del designado;

"4. Certificado de la Procuraduría General de la Nación sobre la situación del designado por razón de sanciones disciplinarias;

"5. Declaración juramentada del solicitante, sobre ausencia de impedimento e inhabilidades para el desempeño del empleo;

"6. Las pruebas que acrediten el desempeño de empleos en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, exigidos por la Constitución, la Ley o el Reglamento, y

"7. Las que acrediten los estudios y experiencias exigidas para cada empleo.

La lectura atenta de las normas que acaban de citarse indica que la autoridad competente tiene una facultad reglada estrictamente para no confirmar un nombramiento la que se limita a dos grupos de causas: una, consistente en que el designado no acredite adecuadamente el cumplimiento de los requisitos y calidades dentro del término correspondiente, lo que no corresponde al caso *sub-judice*, pues el expediente administrativo muestra que mi poderdante sí cumplió con tal requisito dentro del término de la ley; dos, cuando de las pruebas allegadas por el interesado para la confirmación se establece que el funcionario designado está impedido o inhabilitado para el ejercicio del cargo lo que tampoco corresponde al caso de mi poderdante, pues de los documentos aportados no se deduce ningún impedimento o inhabilidad.

Vale la pena anotar que en este segundo grupo de causas que pueden conducir a la no confirmación, la intervención de la Procuraduría debe limitarse a lo previsto en el numeral 4 del artículo 67 del Decreto 1660 de 1978, esto es, a expedir un certificado sobre la situación del designado, por razón de sanciones disciplinarias.

Lo anterior indica que las normas constitucionales, legales y reglamentarias que se acaban de citar fueron violadas ostensiblemente porque el Presidente de la República como autoridad nominadora se extralimitó del campo fijado por la ley para no confirmar a los funcionarios designados, y fundamentó la no confirmación en una intervención del Procurador que resulta también ilegal a todas luces, pues el Presidente de la República está facultado para no confirmar en los eventos previstos en el artículo 66, inciso final, y únicamente en dicha disposición, y no en otras, como lo pretende el Procurador, cuya competencia se limita en materia de confirmaciones a expedir un certificado sobre antecedentes disciplinarios, que en el caso analizado, ya había expedido.

3. *El debido proceso*. El artículo 26 de la Constitución Política consagra la garantía del debido proceso en el sentido de que nadie puede ser juzgado sino conforme a la ley preexistente al acto que se le imputa, ante autoridad competente y observando las formas propias de cada juicio. En el caso *sub-judice,* esa elemental garantía constitucional fue violada de plano por el Procurador General de la Nación y por el Gobierno Nacional, al seguir éste el concepto de aquél. En efecto: a mi poderdante, por medio de anónimos, se le hicieron después de su nombramiento y antes de su confirmación serios cargos, los que constituyen faltas disciplinarias graves, tipificadas en el estatuto disciplinarios como ameritantes de sanciones ingualmente (sic) graves (Leer los anónimos y confrontarlos con los artículos 161 a 210 del Decreto 1660 de 1978). El Procurador General de la Nación ha debido ordenar en este caso una investigación disciplinaria para establecer la veracidad de los hechos; en su lugar, sin mediar ningún procedimiento, sin escuchar al inculpado, sin adelantar investigación disciplinaria alguna, dio crédito a los anónimos, lo que va contra las más elementales normas del derecho

procesal, y de manera ligera, por decir lo menos, procedió a solicitar al Presidente de la República la no confirmación de mi poderdante en el cargo para el que había sido designado. En otros términos, hubo unas acusaciones anónimas contra mi poderdante, que luego la Secretaría General de manera flagrantemente ilegal dice haber confirmado, lo que ameritaba un proceso disciplinario contra mi poderdante, de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución, sin importar su condición de exfuncionario del Ministerio Público, pero la Procuraduría en este caso prefirió primero condenar a mi poderdante al solicitar su no confirmación y luego sí, tal como lo prueban los elementos que reposan en el proceso, procedió a ordenar una investigación disciplinaria, con fundamento en afirmaciones indefinidas. En fin es la forma de actuar de esta Procuraduría para quien las garantías procesales son embelecos del estado de derecho. Aquí, con esta actuación, el Procurador indujo al Presidente a que se llevara de calle el principio constitucional del debido proceso y las garantías que lo acompañan, condenado injustamente a un buen ciudadano, como es Alfonso Barrera Zambrano, al escarnio público.

En el mismo orden de ideas, los actos acusados violaron lo dispuesto en el artículo 28, en concordancia con los artículos 14, 34 y 35, del Código Contencioso Administrativo, pues dichas normas, según lo manda el artículo 1° del Decreto-Ley 001 de 1984, les son aplicables a la Procuraduría General de la Nación. Conforme a esas normas, cuando se inicia una actuación administrativa de la que puede resultar un acto que afecte los intereses de terceros como en el caso *sub-judice*, debe comunicarse al interesado para que éste concurra a su defensa. En el caso que nos ocupa, se trata de una actuación administrativa de la Procuraduría que afectaba eventualmente los intereses de Alfonso Barrera Zambrano, sinembargo, con desconocimiento y violación de las normas citadas, el Procurador procedió a sugerir al Presidente de la República la no confirmación de mi poderdante, con fundamento en unos hechos constitutivos de graves faltas disciplinarias, sin que mi poderdante tuviera conocimiento de ello y pudiera en consecuencia ejercer su derecho de defensa.

4. *La falsa de motivación.* (sic) La falsa motivación como causal de los actos administrativos adopta las modalidades de inexistencia material de los hechos, lo que conduce al error de hecho, y la errada calificación jurídica de la situación fáctica que se presenta como causa del acto, lo que se denomina error de derecho. Estas modalidades de la falsa motivación se presentaron en el caso examinado, como pasamos a verlo:

a) *Error de hecho.* Se invocó como causa de la no confirmación la "convicción moral" de que mi poderdante no guardaba en Cúcuta una vida publica compatible con la dignidad del cargo. Esta convicción del señor Procurador, quién lo creyera, tuvo como fundamento dos anónimos de la peor especie y un informe de la Secretaría General que también recoge dichos elementos de convicción así como presuntas entrevistas, entre otros, con los Magistrados de Cúcuta, lo que habrá de verificarse en el curso del proceso, pues dicha funcionaria se limita a

hacer afirmaciones indefinidas como base de la petición al Procurador de no confirmar el nombramiento de mi poderdante.

b) *Error de derecho.* Asimismo, los escasos elementos de juicio contra mi poderdante que hubiera podido allegar la Secretaria General de la Procuraduría no alcanzan a constituir fundamento que le permita a alguien razonablemente formarse la convicción moral de que mi poderdante no era digno de ser confirmado en el cargo de Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Cúcuta. En consecuencia, por inexistencia de los motivos invocados y por errada calificación jurídica, los actos acusados deben ser anulados por la jurisdicción contencioso administrativa.

5. *El desvío de poder.* Los poderes de la autoridad nominadora para confirmar el nombramiento de Fiscales de los Tribunales Superiores en el caso *sub-judice,* fue desviado porque se usó con fines distintos de los consagrados y regulados en las normas que reglamentan la confirmación de dichos funcionarios, pues el gobierno no se limitó a estudiar la documentación allegada por mi poderdante ni el material probatorio a que se refiere los artículos 66 y 67, sino que echó mano al artículo 73 del mismo decreto para rebasar los límites de la confirmación y recoger unos elementos de juicio dudosos en su existencia y su calificación que permitieran no confirmar a mi poderdante en el cargo de Fiscal del Tribunal de Cúcuta.

6. *Conclusión.* Lo dicho es suficiente para que los actos acusados sean anulados y restablecido el derecho de mi poderdante, pues no puede la autoridad nominadora de manera discrecional con violación del procedimiento establecido y sin fundamento fácticos y jurídicos para ello, no confirmar un nombramiento hecho con el lleno de los requisitos materiales y formales exigidos por la ley.".

La sentencia apelada. El Tribunal del conocimiento declaró probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda con fundamento en que no fue impugnado el acto complejo compuesto por la decisión del Procurador General de la Nación de 23 de agosto de 1985 y los actos del Gobierno Nacional que negaron la confirmación del nombramiento del actor.

La vista Fiscal. Coincide con la sentencia recurrida respecto de la necesidad de haber impugnado el acto del Procurador y al punto afirma:

"La Fiscalía estima que, efectivamenente el pretranscrito razonamiento encuentra incuestionable respaldo en la evidencia procesal y en los principios que informan el instituto jurídico de los actos administrativos complejos. En el *sub-lite* fluye docilmente la conclusión de que el acto acusado no habría nacido a la vida jurídica de no haber mediado la expresión de voluntad oficial de la Procuraduría General de la Nación: este acto adminsitrativo (sic) está en relación de causa a efecto con respecto al impugnado. Sin el primero no se habría dado el segundo. Y este aserto no es conjetural; el mismo acto demandado lo proclama así en forma expresa e inequívoca."

Y en relación con la legitimidad de la intervención del Procurador se sostuvo: "El Procurador legitima su intervención invocando expresamente el numeral 8 del artículo 8° del Decreto 1660 de 1978 conforme al cual "no podrán designarse como funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público... las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observaron una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo". Con la confirmación que nos ocupa quedaría en firme la designación del actor como funcionario del Ministerio Público, luego la puesta en evidencia de la causal de inhabilidad por parte de un funcionario a quien por excelencia, le corresponde el control de la conducta pública y privada de los empleados públicos o de quienes, como en la hipótesis ocurrente, aspiran a serlo, no puede considerarse como una ilegal intromisión del Procurador. Tanto más si, como en este caso, tenía carácter de conominador: en principio, no advertido de la inhabilidad, para, luego, aún oportunamente por no haberse consolidado la nominación, intervenir, según su convicción en conciencia, en interés de la Nación, como lo manda el artículo 143 de la Carta Fundamental. Y, desde luego, ejerciendo la competencia necesaria para hacer dinámica la previsión del numeral 8 del artículo 8 del Decreto 1660 de 1978.

Tampoco resulta valedera la aseveración de que el Procurador y Presidente de la República actuaron "prestando oídos a consejas de mal gusto, o chismes ordinarios y baratos sin confirmación alguna" NO. Obra en estos autos la "investigación moral" acometida por la Procuraduría (folio 8) y que sirvió de base para que el Procurador interviniera en la forma sabida. Y, en cuanto al proceso disciplinario, aunque culmina con una resolución favorable al actor que contradice flagrantemente la parte motiva (ver folio 110), apenas si se nos presenta como un insólito reto contra el espíritu, letra y sentido del memorado numeral 8° del artículo 8° del Decreto 1660 de 1978. Para el evento de que la Honorable Sección Segunda estime que, técnicamente, no puede hablarse aquí de acto complejo, quedan las anteriores consideraciones como sustento de la solicitud subsidiaria en el sentido de que se sostenga el acto impugnado en atención a que, su expresa y fundada motivación, encuentra respaldo en la norma tantas veces citada.

Inquietud final: Si el acto acusado está motivado en convicciones de orden moral tiene esta jurisdicción competencia para juzgarlo?".

Tramitado como se encuentra el recurso, procede resolverlo previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Según la jurisprudencia que atinadamente cita la parte demandante en su alegato (fl. 153A), ha dicho el Consejo de Estado que el acto complejo no se configura por la voluntad de la administración pública sino por mandato de la ley o de la necesidad de la concurrencia de dos o más personas u órganos administrativos en la formación de la voluntad administrativa.

Ahora bien, con arreglo a la normatividad del Decreto Reglamentario 1660 de 1978, nombrado un Fiscal no se requiere para su confirmación la expedición por parte de la Procuraduría General de la Nación de acto administrativo alguno, sino de las pruebas relacionadas en el artículo 67, de las cuales expide la Procuraduría el certificado de antecedentes disciplinarios y el eventual sobre el desempeño de empleos en el Ministerio Público (numeral 4 y 6 *ibídem*).

De otro lado, no es atinado afirmar que sin la solicitud del Procurador no habría nacido a la vida jurídica el acto impugnado, debido a que ello es cierto solo respecto del contenido, ya que aquella fue un suceso eventual y en cambio el acto que resuelve sobre la confirmación de un nombramiento debe ocurrir necesariamente en forma afirmativa o negativa.

Además, la Sala estima que una solicitud de un funcionario público que no la exige ni la ley ni los reglamentos, no configura un acto administrativo, teniendo en cuenta que ella no crea, modifica ni extingue situación jurídica alguna.

Por todo lo anterior, concluye la Sala que el demandante no estaba obligado a impugnar la solicitud aludida, por lo cual, el fallo apelado deberá ser revocado.

2. Respecto del fondo del asunto, verifica la Sala que el acto acusado se fundamentó en la solicitud que el Procurador General de la Nación le hiciera al señor Presidente de la República (fls. 16 y 17) en el sentido de negar la confirmación del demandante con fundamento en las graves quejas de tipo moral que se formulaban en contra de aquel.

Dicha solicitud se apoyó en el informe que al Procurador rindió su Secretaria General (fls. 8 y 9) según el cual había suficientes elementos de juicio, "sólidos y consistentes" en el sentido de que el actor carecía de buen nombre en la ciudad donde fue nombrado y gozaba de mala fama. A tal conclusión llegó dicha funcionaria después de consultar la opinión "de diferentes personas, entre ellas: Magistrados, Jueces, Funcionarios Administrativos, Funcionarios pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación y personas particulares, de buen nombre y reconocida respetabilidad...".

Las "graves quejas" están contenidas en los *escritos* de folios 13 y 14 y sirvieron de fundamento, además, a la investigación que se ordenó mediante el documento de folio 10. Al ordenarse la investigación ya se sabía que el escrito de folio 13 era anónimo y se ignoraba que el de folio 14 también lo fuera, aunque el demandante lo alegó cuando interpuso el recurso de reposición contra el respectivo acto (fl. 64 cuaderno enviado por el Ministerio de Justicia), pero tal aspecto no fue atendido por la administración.

De otro lado, en relación con la consulta de la opinión de Magistrados a que se hizo referencia, observa la Sala que de los cuatro Magistrados que declararon en este proceso (fls. 58, 66, 67, 74 y 82) sólo uno de ellos fue consultado pero

no sobre el demandante, sino acerca de otro de los nombrados (fl. 67). Todos los declarantes dan buenas referencias del actor.

Lo anterior evidencia que el actor fue víctima de sus enemigos ocultos que mediante anónimos lograron "desprestigiarlo" a los ojos de la Procuraduría y de la falta de perspicacia de esta agencia del Estado frente a tales maniobras, fuera de que, en forma por demás irregular, se hicieron consultas de opinión o averiguaciones *informales,* todo lo cual evidencia el quebranto ostensible del sistema de pruebas, o medios de convicción legales, exigido implícitamente en los artículos 66 y 67 del Decreto 1660 de 1978 para expedir los actos de confirmación de nombramientos.

Al contrario, en la investigación *formal* que terminó un año después de negarse la confirmación, se abstuvo la Viceprocuraduría de formularle cargo alguno al actor (fls. 105 a 113).

3. Pregunta el Ministerio Público si existe competencia para juzgar el acto acusado frente a la circunstancia de estar motivado en convicciones de orden moral.

Al punto advierte la Sala que la convicción moral o en conciencia a que se refiere el artículo 8°, numeral 8° del Decreto 1660 de 1978, para los efectos de la confirmación, no es de formación libre o arbitraria sino sujeta a las pruebas que exige el inciso final del artículo 66, según quedó visto.

Es obvio que si con apoyo en tales pruebas un nominador forma su convencimiento en conciencia y concluye en que se configura la causal de inhabilidad para negar una confirmación, el juzgamiento de tal negativa sería casi que imposible, al no existir parámetros normativos para hacerlo. Pero, bien distinto es el caso presente en que, como se analizó, lo discutido no ha sido la convicción moral de los funcionarios que expidieron los actos acusados, sino su fundamento probatorio que resultó contrario al establecido en las normas arriba mencionadas.

Consecuentemente, las pretensiones de la demanda deben prosperar y frente al vencimiento del período para el cual fue nombrado el actor, procede a título de restablecimiento del derecho la petición subsidiaria.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

1o. Declárase que son nulas las resoluciones expedidas por el Gobierno Nacional números 259 del 19 de septiembre de 1985 y 308 del 30 de octubre

siguiente, en cuanto negaron confirmar el nombramiento del actor como Fiscal Cuarto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

2o. A título de restablecimiento del derecho la Nación pagará al demandante los salarios, primas, vacaciones y demás prestaciones sociales correspondientes al período comprendido entre el 1o. de agosto de 1985 y el 31 de julio de 1989, descontándole lo que hubiere recibido por los mismos conceptos del tesoro público o de empresas o entidades en que sea parte principal el Estado, durante el mismo tiempo.

3o. Declárase, para todos los efectos legales, que dicho lapso fue servido por el demandante al Ministerio Público.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 6 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO MIXTO

La limitación de funciones consagradas por el artículo 416 del C.S. del T. para los sindicatos de empleados públicos, de no poder presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas y la previsión del mismo de que tal limitación no opera para los sindicatos de los demás trabajadores oficiales sólo tiene una interpretación: que no pueden existir sindicatos conjuntos, pues la limitación no opera individualmente para sus integrantes, sino para el ente sindical y no puede concebirse que un mismo ente pueda y no pueda presentar pliego de peticiones o celebrar convenciones colectivas. Esta situación varió, sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 58 se estipuló la permisión de "constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos", norma que precisamente corrobora, que a la luz de la legislación anterior no existía tal posibilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 5164. Resoluciones Ministeriales. Recurso de Reposición. Actor: Municipio de Ortega Tolima.

Se decide el recurso de reposición interpuesto por el MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL contra el auto de 17 de octubre de 1990 que decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 1182 de marzo 29 de 1990, emanada del mismo Ministerio, por considerarla violatoria de la ley, en

cuanto otorgó personería jurídica a un sindicato de base conformado por empleados públicos y trabajadores oficiales.

El memorialista sustenta el recurso en el derecho de asociación que conforme al artículo 44 de la Constitución Nacional tienen tanto los trabajadores oficiales como los empleados públicos y afirma que los artículos 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo en los que se basó el auto atacado, no prohiben expresamente los sindicatos mixtos.

Aduce el recurrente que negar la posibilidad de un sindicato mixto sería limitar el derecho de asociación a los servidores públicos, pues conforme al artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, la Constitución de un sindicato de base conformado por unos excluiría la existencia de una agremiación de igual índole integrada por los otros.

CONSIDERA LA SALA

El análisis del alcance de las normas que regulan el derecho de asociación, tanto de los empleados públicos como de los trabajadores oficiales, llevó a la Sala a concluir que los sindicatos que pueden formar unos y otros son de naturaleza legal evidentemente diferente y, por ende, que no hay posibilidad jurídica de que coexistan en la misma agremiación.

Los argumentos del recurrente no aportan elementos de juicio diferentes, toda vez que la Sala en ningún momento ha sostenido que los sindicatos conjuntos de empleados públicos y trabajadores oficiales estén expresamente prohibidos por la ley, ni que el derecho de asociación garantizado por la Constitución Nacional no se reconozca a los servidores públicos.

La ilegalidad del reconocimiento de la personería jurídica de un sindicato conformado conjuntamente por empleados públicos y trabajadores oficiales, deviene es del tratamiento igual que de ello resulta a agremiaciones cuyo régimen legal es diferente y no en aspectos adjetivos, sino sustanciales, como la posibilidad de presentar pliego de peticiones, de suscribir convenciones colectivas y del fuero sindical de sus directivos, aspectos todos que tienen que ver con la diferencia de las regulaciones constitucionales y legales que rigen la relación laboral y el régimen salarial, prestacional y de estabilidad de los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

La limitación de funciones consagrada por el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo para los *sindicatos de empleados públicos,* de no poder presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas y la previsión del mismo de que tal limitación no opera para los *sindicatos de los demás trabajadores oficiales* sólo tiene una interpretación: que no pueden existir sindicatos conjuntos, pues la limitación no opera individualmente para sus integrantes, sino para el *ente*

sindical y no puede concebirse que un mismo *ente* pueda y no pueda presentar pliego de peticiones o celebrar convenciones colectivas.

Esta situación varió, sinembargo, a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 58 se estipuló la permisión de "constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos", norma que precisamente corrobora, que a la luz de la legislación anterior no existía tal posibilidad.

Y como la modificación de los fundamentos legales que sustentaron la suspensión cautelar impone a la Sala un nuevo examen de los cargos, que excede a la "sencilla comparación" de las normas con el acto acusado, toda vez que en él deben hacerse consideraciones tales como la operancia de la legalidad sobreviniente o la purga de ilegalidad, impropia de una decisión provisional, la Sala habrá de levantar la suspensión provisional del acto enjuiciado.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

Levantar la suspensión provisional de la Resolución 1182 de 1990, emanada del MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO/ LICENCIA POR ENFERMEDAD

El demandante no demostró al ISS que existió una justa causa para no concurrir al sitio de su trabajo; de suerte, que la decisión que adoptó por medio del acto demandado se ajusta plenamente a derecho, toda vez que, en el presente caso, se dio la causal de abandono consistente en la no reasunción de las labores por parte del empleado al término de una licencia y no se demostró por la actora que se diera una causal justificativa de su no concurrencia al trabajo. Las incapacidades para trabajar dadas a la demandante por la entidad de previsión social a la cual estaba afiliada luego de su separación del servicio, carecen de relevancia, a efecto de desvirtuar la legalidad del acto acusado, precisamente por haber sido expedidas dichas incapacidades con posterioridad a su remoción, esto es, cuando ya la actora no tenía vínculo laboral alguno con el ISS.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 546 - 10628. Autoridades Nacionales. Actora: Mariela Pardo de Hernández.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Seguros Sociales contra la sentencia de 26 de agosto de 1983, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso incoado por Mariela Pardo de Hernández, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 0046 de 15 de septiembre de 1980, que en ejercicio de las facultades conferidas por la Resolución No. 772 de 1980 de la Dirección General del mencionado

Instituto, expidió el Director de la Unidad Programática Institucional 03 San Pedro Claver de esa entidad, por medio de la cual se dispuso "Declarar insubsistente el nombramiento y terminar la vinculación de la señora Mariela Pardo de Hernández, por abandono del cargo de Enfermera Jefe de la Clínica del Muña, a partir de la fecha." (fl. 99 Cd. Ppal.).

Como consecuencia de tal declaración y a manera de restablecimiento del derecho, la accionante pide se le reintegre al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría y se le cancelen los sueldos y demás adehalas, dejados de percibir desde cuando se le desvinculó del servicio público hasta la fecha en que se produzca su reintegro.

Los hechos fundamentales de la acción están relacionados en la sentencia de primera instancia visible a folios 10 y 11.

De acuerdo con el fallo mencionado, en la demanda se citaron como violadas las siguientes normas: Artículos 2°, 16, 17, 20, 26 y 63 de la Constitución Política, artículos 2°, 3°, 5°, 18, 22, 23, 29, 35, 48, 49, 50, 51, 53, 55 a 58, 65, 70, 82 y 84 del Decreto 1651 de 1977, artículo 27 del Decreto 1653 de 1977, artículos 7°, 11, 12, 13 y 14 del Decrteto 2400 de 1968 (modificados por los artículos 3° y 25 del Decreto 3074 de 1968), los artículos: 105, 126, 127, 128, 130 y siguientes del Decreto 1950 de 1973 y artículos 62 a 66 de la Ley 67 de 1947.

El concepto de violación de estas normas se desconoce, porque al proceso reconstruido no se trajo copia del libelo demandatorio.

Tramitada la primera instancia, fue dictada la sentencia de 26 de agosto de 1983, favorable a las pretensiones de la actora, con fundamento en que la Resolución acusada adolece de falsa motivación, por cuanto las razones en que se fundamentó la desvinculación del servicio de la accionante no coresponden a la realidad, toda vez que se probó ampliamente en el proceso que la accionante no abandonó el cargo sin causa justificada, por el contrario, asevera el *a-quo* "sus ausencias periódicas estaban justificadas y eran suficientemente conocidas por la administración" (fl. 18).

Reconstruido el proceso conforme a lo dispuesto en el Decreto 3825 de 1985, y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 0046 de 15 de septiembre de 1980, por la cual el Instituto de Seguros Sociales separó del servicio a la accionante, por abandono del cargo.

El Tribunal, como se dijo, consideró que esa decisión administrativa no se ajusta a derecho, en virtud de que la no concurrencia de la actora al trabajo durante los días 7 a 14 de septiembre de 1980, respecto de los cuales no presentó incapacidad otorgada por galeno del Instituto de los Seguros Sociales, obedeció a los mismo quebrantos de salud que habían originado distintas incapacidades dadas a la actora por diferentes médicos del Instituto, entre ellas las fechadas el 1o. y 4 del mismo mes y año.

Apoya su aseveración en la certificación que, el día 12 de septiembre de 1980, expidió el Dr. Guillermo Tolosa Navas, quien había sido Director del Dispensario del Muña del Instituto de Seguros Sociales, ratificada por su suscriptor dentro del trámite de la primera instancia, en la cual se afirma que atendió medicamente a la demandante, quien padecía de proceso patológico de columna lumbar, habiéndole prescrito guardar reposo desde el 7 al 14 de septiembre de 1980.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico, el abandono de cargo se produce cuando el empleado, sin justa causa, entre otros casos "No reasume las funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones...".

Es un hecho, aceptado por la accionante, que dejó de concurrir a desempeñar las funciones del cargo de Enfermera Jefe de la Clínica del Muña, luego de que se le venciera la incapacidad que le fue otorgada por un médico del Instituto de los Seguros Sociales, por tres días, a partir del 4 de septiembre de 1980 (fl. 71-Hoja de vida), y también lo es, que la administraciónn dispuso la desvinculación de la actora por no asistir al sitio de trabajo durante los primeros 14 días del mes de septiembre de 1980 (fl. 86 Cd. No. 2).

De acuerdo con documentos obrantes a folios 70 y 71 de la hoja de vida, la demandante fue incapacitada por galenos del Instituto de los Seguros Sociales, ésto es, por los médicos a quienes legalmente correspondía hacerlo, durante los primeros 6 días del mes de septiembre de 1980. De modo que la no concurrencia al trabajo, en este lapso, se justificó plenamente.

No obstante, la autora no acreditó que su inasistencia al trabajo a partir del 7 de septiembre de 1980, obedeciera al hecho de haber continuado enferma, en grado tal, que por ello se justificara la no reasunción de sus labores. Esto es, no hizo llegar a la Administración ninguna certificación médica, conferida por galeno de la entidad de previsión social respectiva, o por médico particular, que diera cuenta de su incapacidad para trabajar.

Por manera, que la Administración, en presencia de los presupuestos fácticos configurativos de la causal autónoma de separación del servicio denominado abandono del cargo, no podía menos que ordenar la remoción de la accionante, porque al no aparecer acreditada la razón justificativa de su no comparecencia al sitio de trabajo, debía cumplir lo que la ley preceptúa en ese caso y, por tanto, la Sala considera correcta su actuación en el *sub-lite*, toda

vez que el Instituto demandado no estaba obligado a tener en cuenta hechos que desconocía en absoluto.

En efecto, la demandante dado que la Incapacidad médica respecto de los días 7 a 14 de septiembre de 1980, le fue otorgada por un médico particular, para precaver esa actitud de la Administración, debió hacer refrendar por la entidad de previsión social a la cual se hallaba afiliada, la incapacidad que por ese lapso le dio un médico ajeno a dicha entidad de previsión social, pero no lo hizo, así como tampoco demostró su afirmación, en el sentido de que se vio precisada a recurrir a ese profesional, en virtud de la negativa de atenderla por parte del servicio médico al cual se hallaba adscrita.

Es incuestionables, que la demandante no demostró al Instituto de Seguros Sociales que existió una justa causa para no concurrir al sitio de su trabajo con posterioridad al 6 de septiembre de 1980; de suerte, que la decisión que adoptó por medio del acto demandado se ajusta plenamente a derecho, toda vez que, en el presente caso, se dio la causal de abandono consistente en la no reasunción de las labores por parte del empleado, al término de una licencia y, se repite, no se demostró por la actora que se diera una causal justificativa de su no concurrencia al trabajo.

De otra parte, las incapacidades para trabajar dadas a la demandante por la entidad de previsión social a la cual estaba afiliada luego de su separación del servicio, carecen de relevancia, a efecto de desvirtuar la legalidad del acto acusado, precisamente por haber sido expedidas dichas incapacidades con posterioridad a su remoción, esto es, cuando ya la actora no tenía vínculo laboral alguno con el Instituto de Seguros Sociales.

Para soslayar la validez de la Resolución impugnada, era menester que la accionante hubiera acreditado que el Instituto demandado, a sabiendas de la existencia de una razón que, conforme al ordenamiento jurídico justificara la no reasunción de sus labores al vencerse la incapacidad que se le otorgó el 4 de septiembre de 1980, hubiera dispuesto o persistido en su separación del servicio por abandono del cargo y ésto, conforme al acervo probatorio no sucedió.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia apelada debe revocarse y, en su lugar, se negarán las súplicas de la demanda.

Consecuentemente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de agosto de 1983, en el proceso promovido por Mariela Pardo

de Hernández, contra el Instituto de Seguros Sociales y, en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la Sala celebrada el día veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedeker,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

EMPLEADOS DEL CONGRESO - Nombramiento/ **COMPETENCIA**

La capacidad nominadora de los empleados de las Cámaras Legislativas compete a sus Directores Administrativos. Sólo existe la posibilidad que las Mesas Directivas de las mismas y las Comisiones Permanentes o legales postulen candidatos. A las primeras, el legislador no les atribuye bajo ninguna circunstancia la facultad nominadora de los mencionados empleados y únicamente cuando no se hayan nombrado los Directivos Administrativos, tales mesas directivas pueden ejercer provisionalmente las funciones de administración de personal excepto la de nombrar nuevos empleados. Dentro de las limitaciones del recurso extraordinario de anulación, es aventurado afirmar que la excepción de nombrar empleados como restricción a la facultad provisoria de administrar personal que tiene la Mesa Directiva del caso a falta de Director Administrativo, abarca también la de remover lo que es completamente distinto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 2939. Recurso de Anulación. Actora: Amparo Meneses Claro.

Amparo Meneses Claro, por conducto de apoderado, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de marzo de 1987, en el proceso de restablecimiento del derecho entablado por aquélla con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 023 del 11 de agosto de 1982, emanada de la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República.

LA SENTENCIA RECURRIDA

En la sentencia impugnada se negaron las pretensiones de la demanda, considerándose lo siguiente:

"La ilegalidad del acto acusado lo funda la demanda en el hecho de haber sido emitido por funcionarios que carecían de competencia, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 52 de 1978, una vez en ejercicio del cargo el Director Administrativo, las funciones de administración de personal le corresponden en forma exclusiva.

Del estudio del proceso observa la Sala que las pruebas tendientes a demostrar el nombramiento y posesión de dicho funcionario antes de que se produjera el acto de insubsistencia, fueron allegadas al proceso en forma irregular, y, de consiguiente, no pueden tenerse como tales.

En efecto, no fueron pedidas por el actor en el memorial de pruebas obrantes a folio 59 del expediente, ni decretadas por el Magistrado ponente, de manera que no se han sometido a la contradicción y publicidad que exige la ley, y, por lo tanto, deben ser desestimadas y tenerse como no probados los hechos que pretenden demostrar.

...

Teniendo en cuenta las razones expuestas deben negarse las pretensiones de la demanda, ya que en el proceso no fue desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto acusado." (fls. 138 y 139 cdno. ppal.).

FORMULACION DE CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

En el escrito de interposición del recurso extraordinario de anulación se acusa el fallo del Tribunal de violación directa del artículo 14 de la Ley 52 de 1978, pues "Del simple cotejo entre el contexto de la sentencia y el texto de la norma emerge diáfana la conclusión de que la sentencia cuestionada infringe la Ley Sustantiva 'POR INTERPRETACION ERRONEA'." (fl. 19 cdno. ppal.).

"Visible es la contraposición existente entre las dos premisas propuestas al paso que el H. Tribunal Contencioso pretende ver condicionado el texto de la norma a que esté nombrado y posesionado el Director Administrativo'. La norma claramente infringida está estableciendo que cuando por alguna circunstancia el Director Administrativo no pueda hacer los nombramientos en propiedad 'CONTINUARAN EN SUS CARGOS LOS EMPLEADOS." (fls. 19 y 20 cdno. ppal.).

"...

Lo que la norma está estableciendo es precisamente que las facultades nominadoras en forma exclusiva corresponden al Director Administrativo, está éste nombrado y posesionado (Inciso 1° del Artículo 14 *Ibídem*) o así se encontrará el cargo vacante, caso en el cual la Comisión de la Mesa Directiva no asume atribuciones nominadoras, sino que los empleados 'CONTINUARAN EN SUS CARGOS' hasta tanto el Director Administrativo 'nombrado y posesionado no haga los nombramientos en propiedad' (Inciso primero del parágrafo del Artículo 14 de la Ley 52 de 1978), ..." (fl. 20 cdno. ppal.).

Y concluye el recurrente:

"El hecho fundamental que el actor debía demostrar dentro de la actuación procesal, no era otro, que la 'INFRACCION DIRECTA DE LA CONSTITUCION O DE LA LEY SUSTANTIVA', por cuanto la Comisión de la Mesa carecía de Competencia para nombrar o remover a sus empleados, lo cual fue demostrado con abundancia de razones jurídicas...".

...

Pese a que la certificación que da fe de que para la época en que se destituyó a mi patrocinado, el Director Administrativo 'estaba en ejercicio de sus funciones obra al proceso la demostración de esta circunstancia, no se podía constituir en factor determinante para el fallo, pues si la ley no lo exigía como uno de sus requisitos *sine-quanon* para su aplicabilidad, mucho menos lo podía exigir el H. Tribunal para efecto de declarar la nulidad del Acto en esta forma impugnado. Con razón establecía nuestro Código Contencioso Administrativo que 'SI LA ACCION ES DE NULIDAD BASTA QUE HAYA MANIFIESTA VIOLACION DE UNA NORMA POSITIVA' (Art. 95 C.C.A.). Todo lo anterior queda aun más demostrado si traigo en mi apoyo lo establecido dentro del texto del mismo artículo 14 de la Ley 52 de 1978. Si no existe Director Administrativo en ejercicio de sus funciones administrativas (establecer horarios de trabajo, asignar funciones, imponer sanciones, hacer cumplir las normas de reglamento, etc.), las Mesas Directivas asumirán las funciones administrativas de Personal 'EXCEPTO LA DE NOMBRAR NUEVOS EMPLEADOS'." (fls. 20, 21, 22 y 23 cdno. ppal.).

Asimismo se acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 215 de la Constitución Política, puesto que en ella no se tuvo en cuenta que la Resolución No. 073 de 1982 quebrantó los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 17 y 20 de la Carta y habiendo sido demostrada plenamente esa transgresión, el Tribunal al proferir el fallo "no acató lo ordenado por el Artículo 215 de la Constitución Nacional, luego es claro entonces, que lo hizo con grave quebranto de las normas fundamentales que reglaban el caso *sub judice*." (fl. 26 cdno. ppal.).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación conceptuó que el recurso no está llamado a prosperar porque "el debate es de índole probatoria, razón por la cual no procede el recurso intepuesto. Además, estaba asistido de sobrada razón el Tribunal al echar de menos la probanza en cuestión, pues, sin ella, no podía establecer si la mesa directiva tenía competencia para remover, en el evento de no estar nombrado y posesionado el Director Administrativo, empleados del Congreso, tal como lo prescribe el segundo inciso del parágrafo transitorio del art. 14 Ley 52 de 1978." (fl. 63, cdno. ppal.).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

El planteamiento central del recurrente consiste en que, en su concepto, el fallo impugnado quebranta lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 52 de 1978, toda vez que el Tribunal debió anular el acto administrativo demandado, pues para ello le bastaba efectuar una simple confrontación entre éste y la citada norma para concluir que la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República carecía de competencia para expedirlo.

De suerte que no le era dable al fallador fundamentarse en la improcedencia de atribuirle valor probatorio, por la forma extemporánea e irregular en que se allegaron al proceso, a las pruebas relacionadas con el nombramiento y posesión del Director Administrativo del Senado de la República, ya que tales probanzas eran intrascendentes frente a lo fundamental del debate jurídico propuesto.

De lo anterior deriva el recurrente el quebranto de la sentencia de los preceptos constitucionales a que se hizo alusión.

Se examinará entonces si con el señalado proceder del Tribunal se quebranta por falta de aplicación el artículo 14 de la Ley 52 de 1978.

Esta norma a la letra dice:

"Artículo 14. La provisión de los empleos del Congreso corresponde a los Directores Administrativos de candidatos que postularán las Mesas Directivas de la respectiva Cámara y las Comisiones Permanentes o Legales, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la Corporación y dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplan los requisitos exigidos para el cargo.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y los Secretarios de las Comisiones Constitucionales.

Parágrafo transitorio. Mientras los Directores Administrativos no hagan los nombramientos en propiedad continuarán en sus cargos los empleados que actualmente prestan sus servicios a las Cámaras con las asignaciones señaladas en esta Ley.

Asi mismo, mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos, las Mesas Directivas ejercerán provisionalmente las funciones de administración de personal, excepto la de nombrar nuevos empleados."

Del artículo transcrito resulta nítido que la capacidad nominadora de los empleados de las cámaras legislativas compete a sus Directores Administrativos. Sólo existe la posibilidad que las Mesas Directivas de las mismas y las comisiones permanentes o legales postulen candidatos. A las primeras, legislador no les atribuye bajo ninguna circunstancia la facultad nominadora de los mencionados empleados y únicamente cuando no se hayan nombrado los Directores Administrativos, tales mesas directivas pueden ejercer *provisionalmete* las funciones de administración de personal, *excepto la de nombrar nuevos empleados*. En otras palabras, sólo el mencionado funcionario, el Director Administrativo está llamado a efectuar el nombramiento de todos y cada uno de los empleados de la respectiva cámara, aunque atendiendo las postulaciones que de candidatos hagan las Mesas Directivas y las Comisiones Permanentes o Legales y teniendo en consideración "las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la corporación y dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplan los requisitos exigidos para el cargo", salvo en lo que atañe a "los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y los Secretarios de las Comisiones Constitucionales."

Sin embargo, es de observar que el segundo inciso del parágrafo transitorio de la norma arriba transcrita, otorga a las Mesas Directivas, como se ha visto, una facultad PROVISIONAL "mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos", que consiste en desempeñar "las funciones de administración de personal", más exceptuando de éstas, "la de nombrar nuevos empleados".

Dentro de las limitaciones a que se supedita el Consejo de Estado según las disposiciones propias del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION, es aventurado afirmar que la excepción de NOMBRAR empleados como restricción a la facultad provisoria de administrar personal que tiene la Mesa Directiva del caso a falta de Director Administrativo, abarca también la de *remover*, lo que es completamente distinto. Discernir bajo esas limitantes connaturales del RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION si el Tribunal en la sentencia recurrida quebrantó el susodicho artículo 14 de la Ley 52 de 1978 porque supeditó la facultad de REMOVER de la Mesa Directiva a la circunstancia de que hubiera o no Director Administrativo en ese momento, y porque partió de que no estuvo probado que había director administrativo en esa oportunidad para afirmar que la presunción de legalidad no fue desvirtuada, es algo que la Corporación no puede contradecir dado que, según el art. 197 del C.C.A., es causal de anulación

del fallo recurrido "la violación *directa* de la Constitución Política y de la ley sustantiva", lo que hace imposible el examen de cuestiones fácticas o de índole probatoria, como ya se ha advertido en innumerables oportunidades.

De esta suerte, los cargos esgrimidos por el recurrente contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no tiene vocación de prosperidad.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 6 de marzo de 1987, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

No se condena en costas por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 13 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

DERECHOS ADQUIRIDOS/ ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/ COMPETENCIA/ ESCALA DE REMUNERACION

Ha reiterado el Consejo de Estado que los derechos adquiridos amparados por la Constitución Nacional son únicamente los localizados con justo título en cabeza de determinada persona, más con amparo en las leyes civiles y no en las administrativas. Sin embargo, las normas legales han respetado las situaciones jurídicas individuales y concretas que han tenido origen en actos administrativos, creando, entre otros mecanismos de tutela, el de la prohibición de revocar directamente pronunciamientos de esa clase sin que medie el consentimiento del titular de esa situación jurídica individual y concreta, pero circunscribiendo esa prohibición a actos administrativos particulares, no extendiéndola a los de tipo genérico. En el caso *sub-lite*, la Asamblea Departamental hizo uso de la facultad que le otorga el ordinal 5° del artículo 187 de la C.N. de determinar las escalas de remuneración de varios de los empleados a su servicio, entre otros a quien desempeñe el cargo de subsecretario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5152. Actos de las Asambleas (Consulta de la sentencia de 7 de junio de 1990, del Tribunal Administrativo de la Guajira). Actor: Odilón Rafael Redondo Maestre.

Procedente del Tribunal Administrativo de la Guajira, ha llegado a la Sala, en grado de consulta, la sentencia de siete de junio de mil novecientos noventa por medio de la cual fueron despachadas favorablemente las peticiones de la

demanda, en el sentido de declarar nulo el art. 3° de la ordenanza 006 de 1988, emanada de la Asamblea del aludido Departamento.

El libelo, incoado en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, impetró lo siguiente:

a) Que se declare nulo el artículo 3° de la Ordenanza 006 de 1988, del organismo colegiado en cuestión, en cuanto hace relación a la asignación mensual básica y gastos de representación para el cargo de subsecretario del mismo, el que viene siendo desempeñado, desde tiempo atrás, por el aquí actor, señor Odilón Rafael Redondo Maestre.

b) Que como consécuencia de lo anterior, se condene al Departamento de la Guajira a pagarle al señor Redondo Maestre, directamente o por intermedio de la Asamblea, el mismo salario mensual que venía devengando, equivalente a $237.721.07 por concepto de básico y gastos de representación y que dejó de recibir en esa cuantía desde el 11 de noviembre de 1988, por cuanto le fue disminuido desde esa fecha, y hasta cuando ocupe dicho empleo, recibiendo los aumentos porcentuales determiandos por el gobierno durante los años de 1988, 1989 y 1990.

c) Que igualmente afecta esa liquidación de su salario y gastos de representación en lo que hace a las primas, vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales, y

d) Que se declare que no ha habido solución de continuidad salarial para el señor Redondo Maestre de la manera antes precusada.

I. HECHOS

Son descritos así en la demanda:

"*Primero.*- El señor ODILON REDONDO MAESTRE viene ejerciendo el cargo de subsecretario de la Asamblea Departamental de la Guajira en forma ininterrumpida desde el 1o. de octubre de 1986 hasta la fecha y continuará en el mismo cargo por decisión de esa corporación hasta el 30 de septiembre del año 1990.

Segundo.- Durante el año de 1986 el señor Odilón Redondo Maestre ganó un salario equivalente a $64.290 por concepto de sueldo básico y de $103.590 por concepto de gastos de representación para un gran total devengado de $167.860.

Tercero.- Durante el año de 1987, el sueldo devengado por el señor Odilón Redondo Maestre en su calidad de Subsecretario de la Asamblea Departamental de la Guajira fue de $198.098.40 distribuidos así: Sueldo $75.861.73 y $122.236.67 por gastos de representación.

Cuarto.- Ya para el año de 1988 el sueldo devengado por Odilón Redondo Maestre en el mismo cargo de subsecretario de la Asamblea fue de $237.721.07 distribuidos así: Por concepto de sueldo básico $91.837.07 y por gastos de representación $146.684.

Quinto.- La honorable Asamblea Departamental mediante ordenanza 006 de 1988 aprobada en octubre 6 del mismo año, debidamente sancionada por el Gobernador rebajo (sic) el sueldo que venía (sic) devengando el señor Odilón Redondo Maestre en su calidad de subsecretario de esa corporación, a la cantidad de $150.00 es decir en $87.000 pesos menos a partir del 11 de noviembre de 1988 en adelante. Así lo dispuso la citada ordenanza en el art. 3º demandado.

Sexto.- Esta Absurda actitud de la Honorable Asamblea Departamental desmejoró salarialmente a mi representado Odilón Redondo Maestre de tal manera que durante noviembre y diciembre de 1988 ganó menos que durante 1986 cuando comenzó a trabajar en el mismo cargo de subsecretario, y hoy, aún gana menos que durante 1988 (enero a octubre) no obstante a que aún continua (sic) en el cargo.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Según el actor, respecto a lo que él, hace, la Ordenanza acusada de nulidad desconoce los principios de respeto a los derechos adquiridos y a la irretroactividad de la ley consagrados en el art. 30 de la Constitución Nacional, dado que ninguna ley u ordenanza o acuerdo municipal pueden contemplar disposiciones que desconozcan tales derechos surgidos de situaciones jurídicas concretas antes de entrar en vigencia las nuevas reglas.

Comenta el libelista que si bien es cierto que el Consejo de Estado ha dicho que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes administrativas no son los que protege el art. 30 mencionado, también ha dicho que, en cuanto hace a los actos administrativos, ha sido por mandato de la ley que se ha consagrado el respeto de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas individuales o concretas por ellos ordenados, al disponer en el art. 24 del Decreto Ley 2733 de 1959 que, cuando el cto administrativo haya creado una situación de esa clase, ha reconocido un derecho de igual categoría, no puede ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Concluye en el sentido de que habiéndose fijado al cargo de Subsecretario un determinado sueldo y unos determinados gastos de representación cuando fue elegido como tal el señor Redondo, no podía ser rebajada esa remuneración continuando, como en efecto ocurrió, el señor Redondo en el desempeño de ese empleo.

III. DEL FALLO CONSULTADO

La providencia de (7) de junio de mil novecientos noventa (1990) acoge el concepto fiscal y accede a las peticiones de la parte actora; sienta las siguientes consideraciones:

"Está acreditado en autos que el demandante ODILON RAFAEL REDONDO MAESTRE ocupa el cargo de Subsecretario General de la Asamblea Departamental de la Guajira desde el 1o. de octubre de 1986, mediante elección que lo ratificó en el mismo hecho por la Duma Departamental en la sesión ordinaria del 26 de noviembre de 1986, según consta en el Acta No. 20 de esa fecha. Copia auténtica de la cual obra en autos (folios 7 a 10). Así mismo aparece demostrado en autos con la copia del Acta No. 017 de la sesión ordinearia (sic) del día 1o. de noviembre de 1988, que en éste se eligió al mismo ODILON REDONDO MAESTRE como Sub-Secretario General de la Asamblea para el resto del período comprendido del 1o. de octubre de 1988 al 30 de septiembre de 1990. Obra en autos las dos actas de posesiones del señor Redondo Maestre correspondientes a los dos nombramientos mencionados, posesiones que, en cada caso fueron hecha (sic) en la misma sesión en que se le designó según aparece en las actas correspondientes.

De acuerdo al art. 187 de la Constitución Nacional en su ordinal 5°, "Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas... 5o. Determinar a iniciativa del Gobernador, la estructura de la Administración Departamental (sic), las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo". Esta norma la repite el art. 60 ordinal 5° del Decreto 1222 de 1986 o Código del Régimen Departamental.

A su turno, el art. 194 de la misma Constitución Nacional, establece entre las atribuciones del Gobernador las siguientes: "...9o. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales y señalar sus funciones, especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5° del artículo 187. El Gobernador no podrá crear con cargo al Tesoro Departamental obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto que adopta la Asamblea". Esta norma es repetida por la atribución novena (9°) del art. 94 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1.222 de 1986).

De contenido similar al de las dos normas acabadas de transcribir son los artículos 231 y 232 del Código de Régimen Departamental, y de todas ellas queda en claro que a las Asambleas Departamentales corresponde determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo en el Departamento, y a los Gobernadores corresponde fijar, es decir, tasa o precisar los emolumentos. Desde luego que si el cargo depende de la misma Asamblea ésta puede hacer tal fijación.

Pero cabe preguntar si esta facultad de las Asambleas para determinar las escalas de remuneración, a las cuales debe sujetarse el Gobernador para fijar los emolumentos en lo que le corresponde, es ilimitada o discrecional tanto para establecer los mínimos como los máximos, y en la misma forma si lo es para fijar directamente los emolumentos cuando le corresponde, o sea en los empleos que debe ella misma proveer. La discrecionalidad, estima el Tribunal, si la tiene la Asamblea pero en forma limitada ya que debe preservar ciertos principios y conceptos defensores de los derechos sociales, y en guarda de la equidad debe respetar situaciones consolidadas, cuando sea del caso, y debe además tener en cuenta la justeza en la remuneración, la cual se encuentra, permítase el término, intervenida por la ley, por lo que no puede salirse del marco fijado por ella como luego se verá.

Pasa ya del medio siglo la preocupación que el Estado Colombiano ha demostrado por el mejorestar de la clase trabajadora, tanto en el sector oficial como en el particular o privado. La expedición de los Códigos Sustantivos y Procesal del Trabajo es una muestra de ello, así como de numerosas leyes y decretos promulgados en beneficio de los asalariados de ambos sectores de la economía, el público y el privado. Claro que en el sector público se ha legislado más para el nivel nacional, habiendo un poco de rezago para los niveles departamental y municipal. sin embargo como lo ha sostenido el Consejo de Estado, varias veces, a estos niveles le son aplicables la Ley 6a. de 1945 y sus Decretos Reglamentarios, y otras normas posteriores.

Dice por ejemplo el art. 34 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945: "Son absolutamente nulas las cláusulas de los reglamentos internos que desmejoran las condiciones de trabajo en relación con lo establecido por la legislación del trabajo en relación con lo establecido por la legislación del trabajo, las convenciones individuales o colectivas o las decisiones arbitrales, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las disposiciones del reglamento interno en cuanto fuere más favorable al trabajador". Este artículo establece un principio general de derecho del trabajo cual es el que expresa que no se deben desmejorar las condiciones del trabajador, y es aplicable a todos los sectores y niveles ya que la Ley 6a. de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año que lo reglamentó, era aplicable a todos ellos.

Pero como ha habido legislación posterior para el sector privado y para los empleados oficiales nacionales, queda vigente con relación a los empleados oficiales -empleados públicos y trabajadores oficiales- de los órdenes departamental y municipal. Por tanto, las atribuciones que, por ejemplo, las Asambleas Departamentales y el Gobernador tienen en materia salarial, han de ejercerla dentro de ese marco legal, esto es, sin desmejorar las condiciones que en tal sentido haya establecido la ley, o los propios organismos departamentales.

Es un hecho notorio que en virtud de la inflación galopante existente en el país desde muchos años atrás, el Estado (Congreso y Gobierno en este caso)

se ha preocupado por tratar de mantener un ingreso salarial real a los trabajadores colombianos. Es así como anualmente fija un porcentaje para aumentar los sueldos en el sector oficial, y establece también anualmente la cuantía del aumento del salario mínimo, tanto para los empleados oficiales como para los particulares.

Si bien los aumentos de salarios dichos en relación con el sector oficial, se establecen para el nivel nacional, tienen aplicación también en los niveles departamental y municipal ya que el fin de los mismos es la protección del trabajo humano, y esta es obligación también de los departamentos y municipios, ya que ellos con la Nación forman el Estado, a quien incumbe tal protección según el art. 17 de la C.N.

De manera que, y como conclusión, si a nivel departamental se hace una modificación de salarios en forma opuesta a la política general que sobre salarios se tiene establecida en el país, desmejorando por tanto los derechos del empleado en ese sentido, se contraría la obligación que el Estado incumbe de proteger el trabajo humano, violándose en consecuencia el art. 34 del Decreto 2127 de 1945 que sienta el principio de que el trabajador no puede ser desmejorado en sus condiciones laborales, una de las cuales es el salario.

Desde luego que en ocasiones y en virtud de los mismos fenómenos económicos puede ser aconsejable una disminución de salarios; pero para que esto ocurra en el sector oficial de los empleados públicos es menester el consentimiento previo, expreso y escrito de cada empleado, conforme al art. 73 del C.C.A., por cuanto tal disminución implica una revocatoria del acto que había establecido el salario anterior.

Si se rebaja el salario unilateralmente, es lógico que la persona afectada deba tener el derecho a reclamar por la diferencia o el mayor valor, que fue lo que acaeció en el caso presente donde, según certificación del Habilitado Pagador de la Asamblea Departamental, el demandante venía devengando durante el año 1988 en el cargo de Sub-Secretario General de la Corporación la suma de $91.037.07 por concepto de sueldo, y $146.684.00 como gastos de representación, para un total de $237.721.07 y que "según Ordenanza número 008 de 1988 se fijó la remuneración correspondiente al cargo de Sub-secretario General de la Asamblea Departamental de la Guajira en lo siguiente:

"Año 1988, a partir del once (11) de noviembre de 1988:

Sueldo	$ 100.000.oo
Gastos de Representación	$ 50.000.oo
Total	$ 150.000.oo".

En la misma certificación aparece para el año de 1989 por concepto de sueldo $120.000.oo, y de gastos de representación $60.000.oo para un total de $180.000.oo.

Se aprecia así que por virtud del acto acusado se rebajó la asignación del cargo que ocupa el actor en $87.721.07. Es bueno aclarar de una vez que para el caso no interesa la nueva elección que se hizo del demandante cuando ya se había dispuesto la modificación salarial, ya que de todas maneras resultó afectado. Se insiste: la desmejora consiste en la rebaja del sueldo al cargo, idependientemente (sic) de quien lo ocupa, porque con ello se contraría otro principio de derecho laboral, según el cual a trabajo igual corresponde salario igual. No hay constancias procesales de que las funciones del Sub-Secretario General de la Asamblea hayan sido modificadas, reduciéndolas o atemporándolas en forma tal que justificaran una rebaja de sueldo.

Entonces, si el trabajo es igual al de antes, el salario debe seguir siendo por lo menos igual. Esta es una de las manifestaciones del principio mencionado, ya que la otra consiste en dar igual remuneración a dos o más personas que se encuentren en idénticas condiciones de trabajo.

En consecuencia, el acto acusado con la disminución salarial anotada, viola el art. 34 del Decreto 2127 de 1945 según antes se analizó, norma ésta señalada como violada en la demanda, razón por la cual proceda declarar la nulidad del mismo. No se dá, por el contrario la violación del art. 30 de la C.N. ya que ésta se refiere a derechos de carácter civil; la protección a los derechos laborales, se repite, se dá dentro del marco de las normas y principios que regulan el trabajo humano, y que han constituido al Estado como especial protector de los mismos. En cuanto al restablecimiento del derecho solicitado debe precisarse, habida cuenta de que la jurisdicción contencioso administrativa es rogada, que habiéndose solicitado la nulidad del art. 3° de la Ordenanza 006 de 1989 solamente, acto por el cual se hizo la rebaja de salario anotada, el pago que se ordenará hacer por la diferencia cobija o corresponde a aquellos meses en los cuales se hizo el pago de acuerdo al mencionado art. 3° de la Ordenanza dicha. Si por virtud de acto administrativo posterior se hizo nueva fijación de salario quedando todavía inferior al que se tenía antes de expedirse la Ordenanza referida, no se puede en esta providencia ordenar nada en relación con los meses dependientes de ese otro acto, por cuanto éste no fue impugnado. Ello no obsta desde luego, para que la Asamblea conforme a sus facultades, o su Mesa Directiva en cuanto su ordenamiento interno se lo permita, provean lo conducente en orden a hacer efectivos en ese punto las normas y principios aquí analizados.

A todo lo dicho hay que agregar que como el acto acusado es una norma ordenanzal, estos actos por su naturaleza no se notifican, sino que entran en vigencia, como se dice en el artículo 5° de la Ordenanza 006 de 1988, con su sanción y promulgación, o con esta última, razón por la cual no se requiere del agotamiento de la vía gubernativa en relación con ellos.

Finalmente, se dice en la demanda que "la competencia la tiene esta Corporación *en primera instancia por ser su cuantía de $237.721.07* y por que

(sic) el acto acusado es una ordenanza Departamental. La suma anteriormente mencionada es el sueldo devengado por el demandante hasta el 11 de noviembre de 1988" (subraya el Tribunal). En realidad la competencia sí la tiene el Tribunal en primera instancia por razón de la cuantía, pero no en la forma como lo expresa el actor sino teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 6° literal a) del art. 131 del C.C.A. en concordancia con el inciso segundo del numeral 6° del art. 132 del mismo código. Como en la demanda se pretende el pago de lo dejado de percibir "desde el día 11 de noviembre de 1988, por cuanto le fue disminuido desde esa fecha y hasta cuando ocupe dicho cargo, recibiendo los aumentos porcentuales determinados por el gobierno durante el año 1988, 1989 y 1990", se tiene que el valor de los $87.721.07 que como excedente se tendría que pagar al actor, según sus pretensiones, desde el 11 de noviembre de 1988 y durante todo el año 1989 nadamás (sic) y sin tener en cuenta otros aumentos, sobrepasa la suma de $500.000.oo que era la que determinaba la competencia en primera o en única instancia, según la cuantía se excediera o no de esa suma, cuando se presentó la demanda."

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN ESTA INSTANCIA

Emitida por la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, es de criterio de que la providencia consultada debe ser revocada y que en su lugar, solicita deben ser denegadas las peticiones de la demanda. Explica su posición así:

"En el presente caso se ejerció la acción de restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 85 del C.C.A. La finalidad de ésta es la confrontación del acto acusado con normas superiores y si las viola se anula el acto en beneficio de la persona interesada, restableciéndole en su derecho.

En el presente caso se citan como violadas, el artículo 30 de la C.N. y 34 del Decreto 2127 de 1943.

El artículo 34 del Decreto Reglamentario No. 2127 de 1945 a la letra dice:

"Son absolutamente nulas las cláusulas de los reglamentos internos que desmejoren las condiciones del trabajador en relación con lo establecido por la legislación del trabajo, las convenciones individuales o colectivas o las decisiones arbitrales, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las disposiciones del reglamento interno en cuanto fuere más favorable al trabajador".

La norma establece una serie de principios generales sobre el trabajo en el orden privado. El Decreto mencionado reglamenta la Ley 6a. de 1945, en lo relativo al contrato individual de trabajo en general y se encuentra en el capítulo IV, relacionado con el reglamento interno.

El artículo 30 *ibídem* ordena que "Todo patrono que tenga a su servicio más de cinco trabajadores de carácter permanente, en actividades comerciales, o más de diez en labores industriales, o más de veinte en empresas agrícolas, ganaderas o forestales deberá elaborar y someter a la aprobación de las autoridades del ramo un reglamento interno de trabajo". El artículo 34 comentado se refiere a cuando ese reglamento desmejore las condiciones de los trabajadores vinculados mediante contrato individual de trabajo, evento totalmente distinto y ajeno a la situación en que se encuentran los empleados vinculados por acto administrativo de nombramiento que coloca al particular previa aceptación y desempeño del empleo, en una situación legal y reglamentaria prefijada de antemano por las leyes y reglamentos, pudiendo la entidad correspondiente modificar unilateralmente sus derechos y obligaciones sin que pueda el afectado alegar derechos adquiridos. Luego por la naturaleza jurídica del vínculo, -situación estatutaria-, la norma comentada no es aplicable a la situación jurídica del actor y por lo mismo no se da la trasgresión señalada en la providencia en estudio.

En relación con la violación del artículo 30 de la C.N., considera el Despacho que la norma constitucional garantiza los derechos patrimoniales adquiridos en forma justa por las personas privadas y no los derechos administrativos regulados por el derecho público entre las cuales encaja perfectamente el sueldo devengado por un empleado departamental. La Asamblea tiene la facultad para fijar las escalas de remuneración de los empleados del departamento, de conformidad con el artículo 187,5 de la Carta, por lo tanto si el demandante ganaba un sueldo superior al culminar un período y entra a desempeñar otro por nueva elección pero con distinta asignación, no se puede sostener que tenía derecho adquirido sobre la antigua (sic) por no darse los presupuestos necesarios que la norma constitucional exige para tal efecto.

En estas condiciones se solicita muy respetuosamente, se revoque la sentencia estudiada y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda."

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Según la certificación expedida por el habilitado pagador de la Asamblea del Departamento de la Guajira, obrante a folio 18, el actor empezó a desempeñar el empleo de subsecretario de esa corporación el 1o. de octubre de 1986, devengando un sueldo básico de $64.290.oo y gastos de representación en cuantía de $103.590.oo, para un total de $167.880.oo; en el año de 1987, tuvo un sueldo básico de $75.761.73 y gastos de representación de $122.236.67, para un total de $198.096.40; en 1988, un sueldo básico de $91.037.07 y gastos de representación por $145.684.oo, para un total de $237.721.07, más en 1988, a partir del 11 de noviembre, un sueldo de $100.000.oo y gastos de representación por $50.000.oo, para un total de $150.000.oo en virtu de la Ordenanza número 006

de 1988, acto aquí demandado, y en 1989, un sueldo de $120.000.oo y gastos de representación por $60.000.oo, para un total de $180.000.oo.

El artículo tercero de la Ordenanza número 006 de 1988 -acto demandado en el caso *sub-judice*- es del siguiente tenor:

> "La remuneración correspondiente al cargo de Subsecretario general de la Asamblea Departamental será la siguiente:
>
> Asignación básica mensual: Cien mil pesos ($100.000.oo) y por concepto de Gastos de Representación la suma equivalente al 50% de la asignación básica mensual."

Trátase, como se colige sin mayores esfuerzos, de un acto administrativo genérico, puesto que si bien incide o puede incidir en situaciones jurídicas individuales y concretas radicadas en una persona natural vinculada a la Administración, establece en verdad asignación básica mensual y gastos de representación, no para la persona singular que está desempeñando el cargo de subsecretario general, sino para cualquier persona que desempeñe el cargo mencionado a partir de que la ordenanza haya sido sancionada y promulgada, o, para decirlo de otro modo, a partir del 14 de octubre de 1988, conforme el artículo quinto (fol. 19).

Es de preguntarse entonces si al continuar en el desempeño del cargo de subsecretario general de la Asamblea Departamental la misma persona natural que lo venía haciendo desde 1986, el acto administrativo genérico que se cuestiona vulneró derechos adquiridos con justo título por quien aquí actúa como demandante, como lo cree el Tribunal Administrativo de la Guajira, o si, como lo estima la colaboradora fiscal del Estado, como se ha visto, no puede hablarse de derechos adquiridos o de situaciones jurídicas individuales o particulares concretas desde el punto de vista del derecho público, dado que, por una parte, la Asamblea Departamental tiene la facultad para fijar las escalas de remuneración de los empleados de la respectiva sección territorial (art. 187,5 de la Carta), y por otra, el art. 30 de la Constitución, al garantizar los derechos patrimoniales adquiridos en forma justa por las personas privadas, hace vocación a su respaldo por las leyes civiles, lo que descarta la posibilidad de hacer extensiva esa normatividad o relaciones meramente estatutarias o de derecho público.

Ha reiterado el Consejo de Estado -y aquí vuelve a hacerlo-, que los derechos adquiridos amparados por la Constitución política son localizados con justo título en cabeza de determinada persona, mas con amparo en las *leyes civiles* y no en las administrativas. Sinembargo, también ha precisado la jurisprudencia del Consejo, las normas legales ha respetado las situaciones jurídicas individuales y concretas que han tenido origen en actos administrativos, creando, entre otros mecanismos de tutela, el de la prohibición de revocar directamente pronunciamientos de esa clase sin que medie el consentimiento del titular de esa situación jurídica individual y concreta, pero circunscribiendo esa prohibición a actos administrativos particulares, no extendiéndola a los de tipo genérico o abstracto.

Hay aquí, pues, dificultades de tipo jurídico que es necesario despejar con fundamento en normatividades legales y en la doctrina ajustada a los temas que encierra el asunto.

La llamadas "acciones" o "medios de control" contemplados en el Código Contencioso Administrativo dirigidos contra actos administrativos sólo pueden alcanzar prosperidad en el seno de los órganos jurisdiccionales cuando "infrinjan las normas a las que debían estar sujetos"; o "cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes"; o cuando al tomar la determinación correspondiente, ello se haga "con desviación de las atribuiciones propias del funcionario o corporación que las profiera" (art. 84 C.C.A., segundo inciso), siempre que en la demanda se hayan invocado la causal o las causales que se tengan por el demandante como engendradoras de la nulidad del acto, a la luz de la naturaleza rogada que hay en esta jurisdicción.

En el caso *sub-lite*, el actor se limitó a indicar como disposiciones violadas por la ordenanza 006 de 1988, en primer término, el art. 30 de la Constitución, y ya se vio que no puede hablarse de "derechos adquiridos con justo título" frente a situaciones jurídicas nacidas de actos administrativos genéricos que necesariamente dejan de existir, de tener vida jurídica cuando el propio órgano que les instituyó las deroga, las subroga o las abroga. La Asamblea Departamental de la Guajira sencillamente hizo uso de la facultad que le otorga el ordinal 5° del art. 187 de la Carta, de determinar las escalas de remuneración de varios de los empleados a su servicio, entre otros a quien desempeñe el cargo de sub-secretario.

Y en segundo término señaló como norma superior violada el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, que lo es de la Ley 6a. de 1945. Sinembargo, estas normatividades no son en la actualidad aplicables a los empleados públicos vinculados a la Administración por una situación legal y reglamentaria y no por contrato de trabajo; la circunstancia consiste en que desde 1986 (1o. de octubre) una misma persona (el aquí actor) haya venido desempeñando el empleo de subsecretario, es algo completamente incidental que en nada afecta la facultad que tiene la Asamblea para, unilateralmente, fijar "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo" en la administración departamental, sin que con ello quebrante las normas mencionadas.

La Sala, por consiguiente, habrá de revocar la sentencia consultada y, en su lugar, habrá de denegar las 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:

1o. Revócase la sentencia de 7 de junio de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira en este asunto.

2o. En su lugar, deniéganse las peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de su origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESCALAFON DOCENTE/ CARGO DOCENTE/ CARGO ADMINISTRATIVO

No obstante el carácter administrativo que se da al cargo desempeñado (psicoorientadora), la Sala se permite anotar que al citado cargo se le asignaron funciones docentes, es decir, de enseñanza que a eso equivale la palabra docente, el que enseña. De donde se establece que si el personal docente no se encuentra en condiciones de enseñanza o ejerciendo las funciones que hace relación el artículo 2° del Decreto 2277 de 1979, él no está desempeñando un empleo de carácter docente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 3617. Resoluciones Ministeriales Actor: La Nación (MINEDUCACION) vs. Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas.

La Nación -Ministerio de Educación Nacional-, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, impetrando la declaratoria de nulidad de las Resolucciones números 134 de marzo 22 de 1985 y 1132 de noviembre 11 de 1986 expedidas por la Junta Seccional del Escalafón Docente del Departamento de Antioquia, en lo atinente a los ascensos de la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas en los grados 11 y 12 del Escalafón Docente, ordenados en dichos actos administrativos.

En el escrito demandatorio, la parte actora solicita que en sentencia definitiva se hagan las siguientes o similares declaraciones:

"1. Que es nula la Resolución No. 134 del 22 de marzo de 1985, expedida por la Junta Seccional del Escalafón Docente del Departamento, en la parte pertinente que ascendió a Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas al grado once (11) del Escalafón Docente.

2. Que como consecuencia de lo anterior también es nula la Resolución No. 1132 del 11 de noviembre de 1986 por medio de la cual la Junta Seccional de Escalafón Docente de Antioquia ascendió a la misma educadora (Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas) al grado doce (12) del Escalafón Docente, para lo cual, además del reconocimiento de tres (3) años por el postgrado en educación reconocido por el ICFES, se le tomó un año más de tiempo de servicio no válido.

3. Que como consecuencia de lo anterior y en vista que para dictar las Resoluciones No. (sic) 134 del 22 de marzo de 1985 y 1132 del 11 de noviembre de 1986, en lo pertinente a BLANCA INES RESTREPO VELEZ DE VARGAS, la Junta Seccional de Escalafón de Antioquia, le tomó tiempo de servicio no válido, se declare por el H. Tribunal que la educadora en mención solamente tiene derecho al grado once (11), fruto de que el grado décimo, concedido por Resolución No. 555 del 11 de diciembre de 1981 expedida por la misma Junta, quedó en firme y de ahí en adelante se le reconocen tres años (necesarios para grado 11) por el título de postgrado en educación reconocido por oficio 002906 del ICFES (sept. 2/85) y con experiencia docente hasta el 18 de septiembre de 1983, una vez hechos los ajustes del caso." (fls. 62 y 63).

La Nación -Ministerio de Educación Nacional-, con el fin de fundamentar sus pretensiones, relata los siguientes hechos:

III. HECHOS Y/U OMISIONES

1. Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas, identificada con la C.C. No. 32.440.212 de Medellín estuvo clasificada en el Antiguo Escalafón Docente (que estuvo vigente hasta la aparición del Decreto Ext. 2277/79) en la primera (1a.) categoría del Escalafón de Enseñanza Secundaria la cual obtuvo con base en su título de Licenciada en Educación (Idiomas) y algunos años de servicio. Tal categoría se le concedió mediante Resolución No. 6367 de marzo 10/76, expedida por la Antigua Junta de Escalafón de Enseñanza Secundaria. La antigua primera categoría equivale en el Escalafón nuevo al grado Octavo (8°).

Cuando apareció el Estatuto Docente Actual, Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas solicitó ser asimilada al nuevo Escalafón Docente.

Su solicitud fue atendida con base en lo establecido en la Resolución nacional 20508 de 1979 y demás normas reglamentarias.

Se le concedió el grado noveno (9°) según resolución No. 029 de abril 11 de 1980, expedida por la Junta Seccional del Escalafón Docente. Fue notificada personalmente el 8 de octubre del mismo año (1980).

Para este grado (9°) se le tomaron tres años de servicio adicionales (hasta marzo 10/79).

3. (sic) El 3 de diciembre de 1981 hizo solicitud de ascenso al grado décimo (10°) se le reconoció mediante Resolución No. 555 del 11 de diciembre de 1981; y como se le hizo una revisión de los tiempos anteriores dejados de utilizar, el grado décimo (10°) se le concedió con experiencia docente hasta el 26 de noviembre de 1981.

La resolución respectiva (No. 555/81) le fue notificada personalmente el 19 de abril de 1982.

4. Según certificado de tiempo servido expedido por el Instituto Central Femenino, la educadora a que me he venido refiriendo (Sra. Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas) solamente trabajó en la docencia hasta el primero (1o.) de abril de 1980.

5. Según certificado de la Sección de Trámite y Registro y Control de Secretaría de Educación, la señora Restrepo Vélez de Vargas comenzó a prestar servicios como Psicoorientadora a partir del 11 de abril de 1980.

6. El cargo de Psicoorientador es un cargo administrativo. Tanto es así que el Departamento de Antioquia lo tiene clasificado como "P y T" GRADO 07 (Profesional y Técnico) y le tiene actualmente asignado un sueldo mensual de $95.706.oo y no se paga por grado en el Escalafón, que es la forma como se pagan los docentes.

7. Si la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas, quien está mal clasificada en el Escalafón Docente (como veremos más adelante) cobrara su sueldo como docente, se le pagaría en 1987 (en el grado doce, 12°) un sueldo de $93.834.oo, según el artículo 1° del Decreto Extraordinario 199 de 1987 (enero 27).

Pero como su cargo en el Departamento de Antioquia es Administrativo, tiene un sueldo mensual superior (95.706.oo).

8. Si a la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas se le ascendió al grado décimo (10°) con experiencia docente hasta el 26 de noviembre de 1981, se le tomó en cuenta para tal ascenso tiempo de servicio no válido, ya que el único tiempo hábil o apto para su ascenso, era el servido como docente (hasta el 1o. de abril de 1980) en el Instituto Central Femenino.

Es decir que del 1o. de abril de 1980 al 26 de noviembre de 1981 era tiempo NO apto para ascenso.

No obstante ya no es hora de pedir la nulidad de la Resolución 555 de 1981, expedida por la Junta Seccional de Escalafón, porque sobrepasa los dos años que da el Dec. Extr. 01/84 para instaurar una acción por parte de un establecimiento público.

9. Otro tanto ocurrió con el ascenso a su grado 11°,- ya que este se le concedió con tiempo de servicio como empleada de cargo administrativo. Se le tomaron, equivocadamente tres años de servicio como Psicoorientadora, con experiencia del 26 de noviembre de 1981 al 26 de noviembre de 1984, tiempo correspondiente a la etapa en que estuvo (y está) vinculada a "Oficina de Consejería y Orientación Profesional", tal como aparece en el certificado expedido el 20 de noviembre de 1985 por el señor Director del Currículo CEP.

El grado 11° le fue concedido mediante Resolución No. 134 de marzo 22/85, expedida por la Junta Seccional de Escalafón de Antioquia; resolución notificada por Edicto, desfijado el 23 de mayo de 1985. Precisamente de esta Resolución estoy pidiendo nulidad.

10. El Licenciado en Educación, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Extr. 2277/79 (Estatuto Docente) - requiere de cuatro (4) años de servicio en docencia o como Directivo Docente. A Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas se le aceptó el Título de Postgrado en Educación (Maestría en Orientación y Consejería de la Universidad de Antioquia y por él se le reconocieron tres (3) años de experiencia (como bonificación).

Pero como para el grado doce (12°) necesitaba 4 años de experiencia docente a partir del grado 11°, se le tomó el otro año (tres por el postgrado y uno más de experiencia) hasta noviembre 26 de 1985.

El grado 12° se le concedió mediante la Resolución No. 1132 del 11 de noviembre de 1986. El año (entre noviembre 26/84 y noviembre 26/85) tampoco era apto para ascenso, por ser tiempo de un cargo administrativo.

11. En resumen, tanto el grado 11° (once) como el grado 12° (doce) de Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas fueron concedidos irregularmente ya que para ambos se tomó tiempo no apto.

Según documentos que aparecen en los anexos, la presente demanda, como queda dicho, la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas fue nombrada como Psicoorientadora y comenzó a trabajar como tal el 11 de abril de 1980.

Por lo tanto, al entrar a desempeñar un cargo administrativo, perdió su calidad de docente y, por lo tanto, con su nueva posesión perdió las prerrogativas del educador escalafonado.

No otra cosa puede deducirse del texto del artículo 35 del Decreto Extr. 2277/79, que dice:

"Los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32 tienen carácter administrativo y sus titulares se regirán por las normas aplicables a los demás empleados públicos".

La señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas tampoco fue nombrada en una de las comisiones de que habla el Decreto Extraordinario 2277/79, en su artículo 66, el cual dice en su inciso final: "Si el nombramiento para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considera retirado del servicio activo docente".

Pero aun si hubiera sido nombrada en comisión como Psicoorientadora, su nombramiento en comisión no habría superado los tres meses, ya que el artículo 21 del Decreto Reglamentario No. 181 de enero 22/82 así lo establece. De manera que este tampoco es el caso de la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas.

12. Si hacemos un recorrido a través de la hoja de vida de la señora Blanca Inés Restrepo V. de Vargas, encontramos que no sólo ahora (cuando está clasificada en un grado tan alto /como el grado 12/ aunque haya sido ascendida ilegalmente), ahora (repito) gana mucho más con su cargo administrativo sino que desde cuando se posesionó tiene y ha tenido mayores sueldos.

En la copia del certificado de empleo que aparece en los anexo, se lee que su cargo estaba clasificado (en 1980) el grado 7° del nivel P y T (Profesional y Técnico) y tenía un sueldo mensual de $24.130.oo, cuando si hubiera cobrado por su grado noveno (9°) que tenía en esa época en el escalafón docente (sólo en 1981 /dic. 11/ ascendió al grado 10°) habría cobrado un sueldo mensual de $15.900.oo, según lo determinaba, para la época, el Decreto Extr. No. 386 de 1980 (Feb. 22) que fijó los sueldos de los educadores escalafonados (que desempeñaban cargos docentes). Como se ve, en su calidad de Psicoorientadora, devengaba un salario superior al que devengaría si fuera docente.

Y esa diferencia se ha venido conservando año tras año,por que el Psicoorientador siempre ha ganado mejores suelos en el Departamento de Antioquia, por encima de los sueldos de los docentes, precisamente por tratarse de un cargo administrativo.

13. En resumen, por haberle tomado para ascenso tiempo de servicio no válido (de cargo administrativo), la señora Blanca Inés Restrepo V. de Vargas fue mal clasificada en el grado 12° (duodécimo).

No obstante el grado décimo queda vigente, en vista de que la Resolución que le otorgó dicho grado (10º) tiene más de dos años de haber quedado en firme.

14. Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas obtuvo un título de postgrado en educación (Magister en Orientación y Consejería), otorgado por la Universidad de Antioquia el 10 de mayo de 1985.

De acuerdo con el concepto del ICFES (Oficio No. 002906 de septiembre 2 de 1985) dicho título de postgrado "le da derecho al mejoramiento académico a que hace referencia el artículo 39 del Decreto 2277 de 1979". Y ese mejoramiento académico le da derecho a que se le reconozcan tres (3) años de servicio para efectos de ascenso en el escalafón.

15. Debiendo quedar en firme el grado décimo (10º) concedido por la Resolución No. 555 de diciembre 11 de 1981, notificada el 19 de abril de 1982, porque tiene más de dos años de estar ejecutoriada, solamente puede ascender, con los tres (3) años del reconocimiento por el postgrado, al grado once (11º) solamente.

16. Ahora se han descubierto los errores cometidos en las clasificaciones de la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas.

Por tal motivo se ha querido acudir al H. Tribunal Administrativo para que declare la nulidad de las Resoluciones que le concedieron los grados 11º y 12º (Resol. 134 de marzo 22/85, ejecutoriada el 13 de junio del mismo año (sic); y No. 1132 del 11 de noviembre de 1986, igualmente ejecutoriada y sobre las cuales todavía cabe instaurar la correspondiente acción de Restablecimiento del Derecho.

Y se ha querido acudir al H. Tribunal para abundar en garantías en beneficio de la Sra. Blanca Restrepo de Vargas, ya que también se pudo acudir a una norma especial como es el artículo 17 del Decreto nacional número 2620 de 1979, tal como lo pidió el señor Jefe de la División de Escalafón y Carrera Docente en oficio número 5.7-3283-86 de octubre 15/86.

17. El 30 de enero pasado, mediante oficio No. 015803 firmado por el señor jefe de la Sección de Escalafón de la Secretaría de Educación y Cultura se le hizo la insinuación de que pidiera la revocatoria, para evitarle a la interesada "un trámite costoso y engorroso" ante el Tribunal Administrativo.

No obstante, pasados dos meses, la interesada no se ha pronunciado al respecto.

18. A Blanca Inés Restrepo de Vargas no se le está pagando por grado en el escalafón docente, precisamente porque desempeña un cargo administrativo, por lo cual no se está afectando el Tesoro Nacional, ya que su sueldo

No otra cosa puede deducirse del texto del artículo 35 del Decreto Extr. 2277/79, que dice:

"Los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32 tienen carácter administrativo y sus titulares se regirán por las normas aplicables a los demás empleados públicos".

La señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas tampoco fue nombrada en una de las comisiones de que habla el Decreto Extraordinario 2277/79, en su artículo 66, el cual dice en su inciso final: "Si el nombramiento para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considera retirado del servicio activo docente".

Pero aun si hubiera sido nombrada en comisión como Psicoorientadora, su nombramiento en comisión no habría superado los tres meses, ya que el artículo 21 del Decreto Reglamentario No. 181 de enero 22/82 así lo establece. De manera que este tampoco es el caso de la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas.

12. Si hacemos un recorrido a través de la hoja de vida de la señora Blanca Inés Restrepo V. de Vargas, encontramos que no sólo ahora (cuando está clasificada en un grado tan alto /como el grado 12/ aunque haya sido ascendida ilegalmente), ahora (repito) gana mucho más con su cargo administrativo sino que desde cuando se posesionó tiene y ha tenido mayores sueldos.

En la copia del certificado de empleo que aparece en los anexo, se lee que su cargo estaba clasificado (en 1980) el grado 7° del nivel P y T (Profesional y Técnico) y tenía un sueldo mensual de $24.130.oo, cuando si hubiera cobrado por su grado noveno (9°) que tenía en esa época en el escalafón docente (sólo en 1981 /dic. 11/ ascendió al grado 10°) habría cobrado un sueldo mensual de $15.900.oo, según lo determinaba, para la época, el Decreto Extr. No. 386 de 1980 (Feb. 22) que fijó los sueldos de los educadores escalafonados (que desempeñaban cargos docentes). Como se ve, en su calidad de Psicoorientadora, devengaba un salario superior al que devengaría si fuera docente.

Y esa diferencia se ha venido conservando año tras año,por que el Psicoorientador siempre ha ganado mejores suelos en el Departamento de Antioquia, por encima de los sueldos de los docentes, precisamente por tratarse de un cargo administrativo.

13. En resumen, por haberle tomado para ascenso tiempo de servicio no válido (de cargo administrativo), la señora Blanca Inés Restrepo V. de Vargas fue mal clasificada en el grado 12° (duodécimo).

No obstante el grado décimo queda vigente, en vista de que la Resolución que le otorgó dicho grado (10°) tiene más de dos años de haber quedado en firme.

14. Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas obtuvo un título de postgrado en educación (Magister en Orientación y Consejería), otorgado por la Universidad de Antioquia el 10 de mayo de 1985.

De acuerdo con el concepto del ICFES (Oficio No. 002906 de septiembre 2 de 1985) dicho título de postgrado "le da derecho al mejoramiento académico a que hace referencia el artículo 39 del Decreto 2277 de 1979". Y ese mejoramiento académico le da derecho a que se le reconozcan tres (3) años de servicio para efectos de ascenso en el escalafón.

15. Debiendo quedar en firme el grado décimo (10°) concedido por la Resolución No. 555 de diciembre 11 de 1981, notificada el 19 de abril de 1982, porque tiene más de dos años de estar ejecutoriada, solamente puede ascender, con los tres (3) años del reconocimiento por el postgrado, al grado once (11°) solamente.

16. Ahora se han descubierto los errores cometidos en las clasificaciones de la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas.

Por tal motivo se ha querido acudir al H. Tribunal Administrativo para que declare la nulidad de las Resoluciones que le concedieron los grados 11° y 12° (Resol. 134 de marzo 22/85, ejecutoriada el 13 de junio del mismo año (sic); y No. 1132 del 11 de noviembre de 1986, igualmente ejecutoriada y sobre las cuales todavía cabe instaurar la correspondiente acción de Restablecimiento del Derecho.

Y se ha querido acudir al H. Tribunal para abundar en garantías en beneficio de la Sra. Blanca Restrepo de Vargas, ya que también se pudo acudir a una norma especial como es el artículo 17 del Decreto nacional número 2620 de 1979, tal como lo pidió el señor Jefe de la División de Escalafón y Carrera Docente en oficio número 5.7-3283-86 de octubre 15/86.

17. El 30 de enero pasado, mediante oficio No. 015803 firmado por el señor jefe de la Sección de Escalafón de la Secretaría de Educación y Cultura se le hizo la insinuación de que pidiera la revocatoria, para evitarle a la interesada "un trámite costoso y engorroso" ante el Tribunal Administrativo.

No obstante, pasados dos meses, la interesada no se ha pronunciado al respecto.

18. A Blanca Inés Restrepo de Vargas no se le está pagando por grado en el escalafón docente, precisamente porque desempeña un cargo administrativo, por lo cual no se está afectando el Tesoro Nacional, ya que su sueldo

mensual (por encima de lo que correspondería por escalafón docente) lo paga el Departamento de Antioquia (el cargo que desempeña es Departamental de libre nombramiento y remoción).

19. Pero no sobra la siguiente observación:

Si Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas estuviera bien clasificada en el Escalafón docente, estaria en el grado once (11°), habiéndole reconocido los tres (3) años de bonificación, por el postgrado.

Si estuviera trabajando en la docencia ganaría $78.354.oo mensuales según el Decreto Extra No. 199 de 1987 (enero 27) cuando ahora está ganando $95.706.oo como se dijo antes.

De manera que así mal clasificada como está, si se pasara a la docencia, cosa que no es descartable, estaría defraudando el Tesoro Nacional en algo más de $17.000.00 mensuales." (fls. 63 a 67).

Como disposiciones violadas cita la parte actora los artículos 10, 11 y 66 del Decreto 2277 de 1979, el inciso 2° del artículo 10 del Decreto 2620 del mismo año, los artículos 2° del Decreto 175 de 1980 y 30 de la Constitución Política.

La señora Restrepo Vélez de Vargas, mediante apoderado, en la contestación de la demanda, se opone a las pretensiones de la parte actora y plantea la excepción de carencia de competencia del Tribunal Administrativo de Antioquia para conocer del proceso, en los siguientes términos:

" Alego como hecho excepto (sic):

Carencia de competencia del Honorable Tribunal Admimistrativo para conocer de este proceso, con fundamento en el numeral 3 del artículo 128 del C.C.A. que dice:" El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

...

3. De los de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional.

Es claro que la Junta Seccional de Escalafón Docente del Departamento de Antioquia emite Actos Administrativos de carácter Nacional y la cuantía presentada en la demanda es irreal y sólo es fruto de la imaginación del demandante. Bien se puede apreciar que dicha cuantía sólo existe en la mente del demandante condicionada al hecho "si se le pagara", "si pasara a educador en otro cargo". El escalafón en sí no tiene cuantía como bien lo ha afirmado el Consejo de Estado." (fl. 79).

El Fiscal Primero del Tribunal Administrativo a que se ha hecho mención, en su concepto de noviembre 5 de 1987, expresa que: "Conforme a los artículos 165 del C.C.A. y 152 numeral 2° del C.P.C., el proceso de la nota del rubro adolece del vicio de nulidad por falta de competencia del H. Tribunal Administrativo de Antioquia; por lo que la Fiscalía conceptúa que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado hasta el momento procesal presente, a partir del auto de abril (8) de 1987 (folios 73) (sic)". (fl.107).

El Tribunal Administrativo de Antioquia resuelve el 2 de junio de 1982 "Poner en conocimiento de las partes el vicio de incompetencia que afecta de nulidad el proceso que la Nación-Ministerio de Educación adelanta contra Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas." - (fl. 120).

Para sustentar su decisión, el referido Tribunal manifiesta que "Tratándose de una pretensión no cuantificable y de la impugnación de actos administrativos del orden nacional, no puede dudarse que su conocimiento corresponde al Honorable Consejo de Estado en única instancia, en consideración a ello y en razón de que la nulidad que produce el vicio por incompetencia se puede sanear según el artículo 152 en armonía con el 156 y 157, del Código de Procedimiento Civil, se pondrá en conocimiento de las partes como lo prevé el dispositivo últimamente citado." (fl. 119).

Saneada por las partes la nulidad aludida (fls. 121 a 123), el Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó el 28 de junio de 1988 enviar el proceso al Consejo de Estado, por competencia, como se dispuso mediante providencia del día 2 del mismo mes y año (fl. 132).

Recibido por esta Corporación el comentado proceso, el 13 de diciembre de 1988 el Consejero Ponente dispuso avocar el conocimiento del caso sub-lite y correr traslado por el término de diez (10) días a la Fiscalía para concepto de fondo.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en concepto de enero 26 de 1989, manifiesta que comparte sin reservas los argumentos expuestos por el apoderado de la señora Restrepo de Vargas, para oponerse a las pretensiones de la parte actora.

El concepto de la Agencia del Ministerio Público, dice a la letra:

"La señora Restrepo Vélez de Vargas se apersonó en el proceso y, mediante apoderado idóneo, se opone a las pretensiones de la demanda con argumentos que esta Fiscalía comparte sin reservas. Ellos son:

"El cargo de sicoorientador (sic) no lo podemos asumir como administrativo. Como pretende el Actor, negándole su carácter de docente, en razón de las siguientes consideraciones:

a) Las funciones del cargo y las desempeñadas por mi poderdante son esencialmente de carácter docente y su labor es directamente con los alumnos de un establecimiento educativo y requeridas por la diversificación de la enseñanza. La preparación académica del educador, por lo tanto, debe ser esencialmente dentro de la ciencia de la educación. Un Licenciado en la Educación hace un programa de postgrado en orientación y Consejería, lo cual es, como lo advierte el ICFES en documentación allegado al expediente, un mejoramiento académico para el ejercicio de la docencia. Adjunto como prueba las funciones desempeñadas por mi representada.

b) El artículo segundo del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 enuncia las funciones de CONSEJERIA Y ORIENTACION DE EDUCANDOS dentro de la Profesión docente y le da el nombre genérico de educador, al decir: "...Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones..., de consejería y orientación de educandos, ..."El artículo 27 del citado Estatuto Docente establece que "gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo"

c) El artículo 9° de la Resolución 13.342 de julio 23 de 1982 expedida por el Ministro de Educación Nacional, trae las funciones del Orientador Escolar Consejero, las cuales precisan un (sic) labor de carácter docente. El Decreto Nacional No. 179 de enero 22 de 1982, en el literal g) del artículo 5° dice que "los docentes que desempeñen funciones de Consejería y Orientación a los alumnos, además del desempeño de sus funciones específicas del cargo deberán atender diez (10) horas semanales de clase". Esta norma es modificada por el Decreto Nacional 1235 de mayo 3 de 1982 y en su artículo segundo se dice: "g) Los docentes que desempeñen funciones de consejería u orientación de alumnos, dedicarán la totalidad de la jornada laboral al cumplimiento de las funciones propias de su cargo, según las exigencias del plan de estudios y los manuales respectivos".

Como bien se puede apreciar es un cargo que la legislación nacional lo tiene como docente y le plantea carga académica y al mismo tiempo lo exonera de ella para el fiel cumplimiento de las funciones. Mi poderdante siempre ha desempeñado su cargo de sicoorientadora (sic), nombre técnico, las funciones de orientación y consejería y con alumnos, lo cual se desprende las (sic) pruebas documentales presentadas por el Actor, además, en razón de ello la Junta Seccional de Escalafón Docente del Departamento de Antioquia hizo los respectivos ascensos.

d) Es un simple sofisma lo que pretende el demandante al querer negarle el carácter de docente al cargo desempeñado por mi poderdante por el simple hecho de la remuneración. En el Departamento de Antioquia muchos cargos docentes no se remuneran (sic) conforme al grado en el escalafón docente

y mucho más cuando dichos cargos están á cargo del Departamento y no están nacionalizados. El Departamento de Antioquia asume el go (sic) para estimular una preparación académica de postgrado y por ser el pionero en esta clase de programas que posteriormente asumió la legislación Nacional. Los Jefes de Distrito Educativo son de carácter docente a la luz de la legislación educativa vigente y en el Departamento estas plazas están a cargo del Departamento de Antioquia y no remunera por el grado en el Escalafón, situación igual sucede con muchos educadores a cargo del municipio de Medellín y de otros en el Departamento de Antioquia. Si el Departamento de Antioquia paga los salarios tiene necesidad de ubicarlo dentro de su escala salarial aprobada por la Asamblea Departamental y en razón de ello lo clasifica como P. y T. grado 07." (Folios 75 a 77).

Sólo cabe agregar que las previsiones de los artículos 32 y 35 del Decreto 2277 de 1979, con apoyo en las cuales la actora argumenta en el sentido de que el cargo de autos es de los *directivos* no previsto en dichas normas y, por tal razón, aquél es de carácter administrativo, no son aplicables al *sub-lite*, pues las funciones confiadas a la psicoorientadora no son directivas.

Bien actuó la Administración al acudir al proceso de lesividad y no a la revocatoria directa del acto que equivocadamente consideró ilegal ya que, contra lo consignado en la demanda (folio 7), el artículo 17 del Decreto 2620 de 1979 carece de validez frente al mandato posterior y de cobertura total en la materia contenida en el artículo 73 del C.C.A." (fls.135 a 136).

SE CONSIDERA:

El asunto *sub-lite* consiste, pues, en dilucidar si la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas está mal clasificada en el escalafón, acorde con lo planteado por la Nación -Ministerio de Educación Nacional-, teniendo en cuenta que la Junta Seccional del Escalafón Docente del Departamento de Antioquia acreditó tiempo de servicios no apto para el ascenso en los grados once (11) y doce (12), toda vez que aquella funcionaria desempeñaba un cargo de carácter administrativo y no docente.

Sobre el asunto debatido, la Sala se permite anotar lo siguiente:

1. Mediante la Ley 8a. de 1979 el Congreso Nacional revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para, entre otras materias, expedir las disposiciones sobre escalafón nacional para el sector docente y derogar unas normas. La Rama Ejecutiva, dentro del término legal, hizo uso de las facultades concedidas y expidió el Decreto 2277 de septiembre 11 de 1979, conocido como Estatuto Docente.

2. El artículo 2° del comentado Decreto Extraordinario definió la profesión docente y afirmó que "Las personas que ejercen la profesión docente se denomi-

nan genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejeria y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo".

3. Los artículos 10, 11, 21 y 39 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 se relacionan, respectivamente, con la estructura del escalafón, tiempo de servicio para ascenso, vigencia de la clasificación en el escalafón y ascenso por estudios superiores.

4. El artículo 32 de dicho Decreto señala que tienen carácter docente y, en consecuencia, deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos directivos de Director de Escuela o Concentración Escolar, Coordinador o Prefecto de Establecimiento, Rector de Plantel de Enseñanza Básica Secundaria o Media, Jefe o Director de Núcleo Educativo o de Agrupación de Establecimientos y Supervisor o Inspector de Educación; igualmente, aquellos empleos que tengan funciones equivalentes a los cargos enumerados anteriormente. El artículo 21 del Decreto 181 de 1982 que guarda relación con la citada norma establece que "El encargo o comisión para el desempeño de un docente de los cargos de Supervisor de Educación; Jefe de Distrito; Director del Núcleo, Rector, Director o Coordinador de Establecimiento de Educación pertenecientes a un Núcleo o Distrito Educativo no podrá ser superior a tres (3) meses, vencidos los cuales el comisionado o encargado cesará automáticamente en su comisión o encargo y deberá regresar al cargo que detenta en propiedad".

5. El artículo 35 del Decreto 2277 de 1979, que está ligado con las normas aludidas en el punto anterior, determina que los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32 de este Decreto tienen carácter administrativo y sus titulares se regirán por las disposiciones aplicables a los demás empleados públicos. Y el artículo 4° del Decreto Extraordinario 85 de 1980 agregó que "...por las mismas normas se regirá el personal docente comisionado para ejercer cargos administrativos en el sector educativo".

6. El artículo 66 del Decreto 2277 de 1979 que regula la situación administrativa de las comisiones dispone que:

> "El educador escalafonado en servicio activo, puede ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el Escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. Si el comisionado fuere

removido por una de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 de este Decreto, se le aplicará el procedimiento disciplinario establecido en el Capítulo V.

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.

El tiempo que dure la comisión será tomado en cuenta para efectos de ascenso en el Escalafón.

Si la designación para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple, el educador se considerará retirado del servicio activo en la docencia.".

7. Respecto del desempeño de un cargo administrativo por nombramiento directo de un docente, el inciso 2o. del Decreto 175 de 1980 consagra que "para acreditar tiempo de servicio posterior a la asimilación deberán obtener la comisión de que trata el artículo 66 del Decreto 2277 de 1979. Si no la obtienen, deberán regresar a la base docente o seguir desempeñando el cargo administrativo, pero el tiempo servido no se tendrá en cuenta para ascenso dentro del escalafón." Y el artículo 1° inciso 2° del Decreto 178 de 1982 refiriéndose a los educadores con título docente nombrados en determinados cargos administrativos establece que "Mientras los citados funcionarios conserven su vinculación como empleados administrativos en forma pura y simple y no por comisión, continuarán siendo de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto Extraordinario número 2277 de 1979".

8. Finalmente, el Decreto 610 de 1980 fija los requisitos mínimos para el ejercicio de cargos directivos docentes, mientras el Decreto 179 de 1982 determina y define tales empleos de los establecimientos educativos oficiales, disposición esta última modificada y adicionada por los Decretos 423 y 1235 del mismo año.

9. Consta en el expediente que, mediante Decreto No. 0592 de abril 11 de 1980 expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia, la señora Blanca Inés Restrepo Vélez de Vargas fue nombrada en el cargo de Psicoorientadora en la División de Consejería y Orientación Profesional - Dirección de Currículo y Capacitación Docente, adscrita a la Normal "Mariano Ospina Rodríguez", del Municipio de Fredonia, Distrito Educativo 11, nivel P y T, grado 7 (fl. 95); igualmente, aparecen constancias sobre las funciones desempeñadas por la citada funcionaria en el referido empleo y las asignadas a los Psicoorientadores de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental (fls. 82 a 89).

10. Reposa en el proceso un Oficio de septiembre 3 de 1987 suscrito por el Asistente del Despacho de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, según el cual "... el cargo de Sicoorientador es de carácter administrativo y se haya (sic) adscrito a la Dirección Operativa, que con otras cinco

Direcciones y la Sección de Archivo y Correspondencia integran la estructura orgánica del DESPACHO DEL SECRETARIO." (fl. 96).

11. El 2 de septiembre de 1985, el Subdirector Académico del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior emite concepto respecto a que el título de Postgrado en Educación obtenido por la Licenciada Blanca Inés Restrepo de Vargas, le da derecho al mejoramiento académico a que hace mención el artículo 39 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979; el 22 de noviembre de 1984, el Director de la Dirección General de Capacitación y Perfeccionamiento Docente; Currículo y Medios Educativos del Instituto Electrónico de Idiomas del Ministerio de Educación Nacional, certifica que la comentada funcionaria aprobó el curso de actualización para profesores de Francés, el cual equivale a curso completo para ascenso en el Escalafón Docente, según visto bueno y convalidación del Jefe (E) de la División de Coordinación Centros Experimentales Pilotos de dicho Ministerio.

12. Teniendo en cuenta las normas que han sido citadas en los puntos anteriores, la Sala comparte el criterio expuesto por el Fiscal Cuarto de esta Corporación, en su concepto de enero 26 de 1989, en cuanto que el cargo de Psicoorientadora desempeñado por la señora de Vargas no tiene carácter de directivo docente, lo cual se infiere de lo estatuido en el artículo 32 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 y demás disposiciones concordantes sobre la materia.

13. No obstante el carácter administrativo que se da al cargo de Psicoorientadora ocupado por la señora de Vargas, de conformidad con el Oficio suscrito por el Asistente del Despacho de la Secretaria de Educación del Departamento de Antioquia, la Sala se permite anotar que al citado cargo se le asignaron funciones docentes, es decir, de enseñanza que a eso equivale la palabra docente, el que enseña. De donde se establece que si el personal docente no se encuentra en condiciones de enseñanza o ejerciendo las funciones a que hace relación el artículo 2° del Decreto Extraordinario 2277 de 1979, él no está desempeñando un empleo de carácter docente.

14. A folios 85 a 88 del expediente aparecen las funciones y actividades desempeñadas por los Psicoorientadores de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, acorde con la constancia de 27 de julio de 1987 expedida por la Jefe de la División de Personal de esa Dependencia (fl. 89).

15. Entre tales funciones y actividades se destacan, entre otras, las de participación en la organización del programa general del servicio de orientación y ejecución de las asignaturas de exploración vocacional, desarrollar el programa de seguimiento de egresados,orientar a los alumnos en la toma de decisiones de indole vocacional, asesorar al personal docente en la identificación y tratamiento de los problemas de adaptación y aprendizaje de los alumnos, orientar a los padres de familia en el tratamiento de aspectos académicos y personales de sus hijos y, finalmente, desarrollar investigaciones tendientes al mejoramiento cualitativo del proceso enseñanza-aprendizaje.

16. De lo planteado en el punto anterior se establece que no es viable jurídicamente sostener, como lo hacen el apoderado de la Nación -Ministerio de Educación Nacional- y el Asistente del Despacho de Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, que el cargo desempeñado por la señora de Vargas tenga carácter meramente administrativo, toda vez que las funciones y actividades desarrolladas por los Psicoorientadores de esa Secretaría están relacionadas con la docencia, razón ésta suficiente para no acceder a las súplicas de la demanda.

17. Comparte la Sala lo manifestado por el Fiscal Cuarto de la Corporación, en la parte final de su concepto de enero 26 de 1989, cuando dice que "Bien actuó la Administración al acudir al proceso de lesividad y no a la revocatoria directa del acto que equivocadamente consideró ilegal ya que, contra lo consignado en la demanda (folio 7), el artículo 17 del Decreto 2620 de 1979 carece de validez frente al mandato posterior y de cobertura total en la materia contenida en el artículo 73 del C.C.A..." (fl.136).

En efecto, aunque las resoluciones impugnadas pudieren estar afectadas de ilegalidad, según los argumentos de la parte actora, no podian ser revocadas directamente, ya que el artículo 17 del Decreto 2620 de 1979 sólo es una norma reglamentaria y por consiguiente, de inferior categoría a la del Código Contencioso Administrativo, que tiene fuerza de ley y, en tales circunstancias, no podia servir de apoyo a dicha revocatoria.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la parte actora.

Cópiese, Notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL - Elección

El proceso electoral mediante el cual se elige a Magistrados y Jueces no puede garantizar la adopción de criterios generales, debido a que cada elector es libre de depositar su voto por el candidato que según su criterio considere más idóneo para el cargo, sin que exista, por esta misma razón, derecho alguno a ser elegido. Tratándose de materias electorales es bien difícil concebir un sistema que garantice a un candidato el derecho a que los electores voten por él, caso en el cual voto no sería libre.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 2843. Autoridades Nacionales. Actor: Silvio Abraham Fernández Tobar.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesta por el demandante SILVIO ABRAHAM FERNANDEZ TOBAR contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca del 19 de mayo de 1987, mediante la cual se le negaron sus peticiones tendientes a obtener la nulidad del nombramiento en su lugar de otro Juez, para el período judicial que se inició el 1o. de septiembre de 1985 y su reintegro y el pago de los haberes dejados de percibir.

El fundamento fáctico de la acción consiste en que el actor se desempeñó como Juez Segundo de Instrucción Criminal del Cauca desde el 16 de abril de 1970 hasta el 31 de agosto de 1985 sin haber sido sancionado disciplinaria ni penalmente; que el 17 de julio anterior hizo petición legal al Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Popayán y habló con la mayoría de los Magistrados para que se tuviera en cuenta su nombre cuando fueran a elegir los jueces de instrucción criminal; que igual solicitud hizo respecto de la elección de Juez 2° Superior de esa ciudad; que en el primer oficio enteró al Tribunal que el 20 de junio anterior había cumplido 55 años de edad y cumplido los requisitos para tener derecho a pensión de jubilación, que el Tribunal en forma irregular no postuló su nombre en ninguna de las dos elecciones, que el nombrado en su lugar era jubilable desde años atrás. En los últimos tres hechos hace una impugnación al acto acusado, consigna la fecha en que se le comunicó el acto acusado y solicita el reconocimiento de personería.

El capítulo de las disposiciones violadas y el concepto de la violación se expuso así:

"*A) Normas violadas.*

Con el acto acusado, el H. Tribunal Superior de Popayán ha infringido el artículo 138 del Decreto 1660 y el artículo 1° de la Ley 33 de enero 29 de 1985.

B) Concepto de la violación.

La prohibición que consagra el artículo 138 del Decreto 1660 de 1978, busca remediar la situación tan incómoda por no decir desesperada, por las privaciones y necesidades sin cuento que tienen que pasar funcionarios y empleados quienes al ser retirados del servicio por haber cumplido los requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación, tienen que esperar años, en primer lugar para que se les expida la correspondiente Resolución de Jubilación y luego para que sean incluidos en la nómina del personal jubilado.

El Legislador desde 1971, ha venido tratando de que a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, no se los separe del servicio "mientras la entidad correspondiente de previsión social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagarlas, especialmente la pensión, de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasas de seis (6) meses después de ocurrida la causal "Artículo 12 del Decreto 546 de 1971. Norma repetida integramente en el citado artículo 138 del Decreto 1660 de 1978.

Se ha sostenido al resolver sobre demandas de actos administrativos violatorios del artículo 138 del Decreto 1660, que lo que consagra la norma es la prohibición de reemplazar a los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público por los motivos en ella determinados, mientras no se haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales, pero en ningún caso por el incumplimiento del período legal correspondiente. Pero esta interpretación es injusta, peca contra la razón de ser de la norma, contra su claro espíritu de protección social de los funcionarios de la rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Veamos: si por ejemplo, un funcionario por razón de edad y tiempo de servicio, es decir llenados los requisitos para su jubilación, desea retirarse del servicio, tiene el derecho a no ser remplazado y a permanecer en el cargo seis meses después de ocurrida la causal. Para qué? Para que se le haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales en especial la pensión de jubilación..." de suerte que no haya solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión...". Pero si a los pocos días de presentarse la causal, se termina el período judicial para ese funcionario, ya su situación le cambia radicalmente, si no es reelegido, pues se extingue esa protección que el legislador ha pretendido dar a su servidor. Si la entidad nominadora nombra o reelige al funcionario o empleado entra a jugar la prohibición del artículo 138 citado, si no lo nombra queda desprotegido. Esto no es jurídico, ni consulta el verdadero espíritu de protección social que se tuvo en cuenta cuando se expidió la norma Art. 138 del 1660 de 1978 (Art. 12 del Decreto 546 de 1971). Sobre esta cuestión no existe aún doctrina probable.

El H. Tribunal Superior de Popayán debió respetar la norma consagrada en el artículo 138 del Decreto 1660 de 1978 y no proceder a reemplazarme, no obstante que no existía en mi contra ninguna sanción ni investigaciones de índole penal o disciplinario y según se desprende de lo afirmado por el señor Presidente de dicha Honorable Corporación en el oficio protocolario de agradecimientos, venía desempeñando mis funciones "en forma eficiente digna y decorosa...". En el acta 026 de agosto 12 de 1985, no aparece ninguna anotación del porqué (sic) mi nombre no fue sometido a la elección reglamentaria, luego debieron existir razones ocultas de parta (sic) del H. Tribunal Superior de Popayán, para no reelegirme y al no reelegirme me estaba retirando del servicio.

Pero hay más. Precisamente para recabar sobre ese profundo interés que tiene el Estado de proteger a sus servidores en trance de jubilación, nuevamente en el artículo 1° de la Ley 33 de enero 29 de 1985, establece en el último inciso "En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de ésta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso o escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno".

Es muy importante tener en cuenta que si una entidad nominadora, en cargos de período fijo, al finalizar este reelige, no desvincula al funcionario del Servicio, no lo separa. Pero si no lo reelige, lo está desvinculando del servicio, lo está retirando. Ahora, todo funcionario tiene derecho a esperar una reelección en su cargo, cuando contra él no existe ninguna causal que obligue a la Entidad a separarlo y cuando ha existido eficiencia, corrección e idoneidad en el ejercicio de sus funciones.

El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por mandato constitucional debió proceder a los nombramientos de Jueces para el período que se inició el 1o. de septiembre pasado. En relación con mi caso concreto, no existiendo razones o causas conocidas, y reconociendo mi eficiencia en el servi-

cio, y teniendo conocimiento que apenas el 20 de junio de 1985 había cumplido los 55 años de edad, para completar los requisitos para tener derecho a la Pensión de jubilación, debió atender mis peticiones hechas oportuna y legalmente, y no proceder a retirarme del servicio no reeligiéndome.

El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a sabiendas desconoció, en mi caso concreto, el precepto contenido en el último inciso del artículo 1° de la Ley 33 de 1985. En ningun momento yo le expresé a esa Honorable Entidad mi consentimiento expreso o escrito para que me obligara a jubilarme antes de los sesenta años.

El acto administrativo contenido en el acta 026 de agosto 12 de 1985, del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán es violatorio de la Ley 33 de 1985 en lo pertinente al nombramiento del Dr. ARTURO MUÑOZ BOLAÑOS, en mi reemplazo como Juez 2° de Instrucción Criminal del Cauca y por lo tanto debe ser nulitado (sic).

En virtud de lo anteriormente expuesto, el suscrito Actor espera del H. Tribunal Administrativo del Cauca, un fallo acorde con sus pretenciones." (sic).

Tramitado el recurso, el demandante presentó su alegato (fls. 143-144) y el Ministerio Público en su concepto de fondo opinó que debía confirmarse la sentencia apelada, aunque por razones diferentes (fls. 146-150).

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política en su artículo 157 establece período de dos años para los jueces, los cuales son elegidos, o sea nombrados mediante un procedimiento electoral, cuya votación es secreta (art. 14 Decreto 1660 de 1978).

Si, por mandato constitucional el nombramiento de un juez debe hacerse para un período de dos años, no ve la Sala como pueda estar inhibido un Tribunal para elegir a los jueces al vencimiento del respectivo período, con el fin de que se cumplieran los mandatos del artículo 12 del decreto extraordinario 546 de 1971, pero en detrimento del mandato superior, lo cual implicaría, además, el absurdo de que el nombramiento para un período no tendría ese efecto sino otro diferente.

Por ello, la Sala entiende que el mandato de la ley contenido en el mencionado artículo 12 no puede tener aplicación cuando se trata de funcionarios cuyo período ha sido señalado por la Constitución, porque sería a todas luces ilegal darle preferencia a la norma legal frente a las de orden superior como lo son las contenidas en la Carta.

2. La circunstancia de que un Tribunal no elija nuevamente a un juez no puede interpretarse en el sentido de que, si ya reúne los requisitos de 55 años de edad y 20 de servicio, lo esté obligando a jubilarse antes de cumplir los 60 años, según la hipotesis del inciso tercero del artículo 1° de la ley 33 de 1985, norma que modificó el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 que sí obligaba a retirar del servicio a los empleados de la rama ejecutiva que cumplieren los requisitos para gozar de pensión de jubilación. Entonces, si en la legislación precedente a la Ley 33 de 1985 no existía en la rama jurisdiccional la obligación de retirar del servicio a quien hubiere cumplido esos requisitos, no encuentra la Sala que aquella norma pueda ser aplicable a los funcionarios judiciales.

3. Dice la sentencia apelada que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán no tuvo "un criterio general... sobre la actitud a seguir en relación con los jueces que estuvieron en condiciones de jubilarse", posiblemente frente a la afirmación de la demanda acerca de que quien remplazo al actor era jubilable desde años atrás.

Al respecto, advierte la Sala que el proceso electoral mediante el cual se elige a Magistrados y Jueces no puede garantizar la adopción de criterios generales, debido a que cada elector es libre de depositar su voto por el candidato que según su criterio considere más idóneo para el cargo, sin que exista, por esa misma razón, derecho alguno a ser elegido, como lo afirma la demanda.

Y es que, tratándose de materias electorales es bien difícil concebir un sistema que garantice a un candidato *el derecho* a que los electores voten por él, caso en el cual el voto no sería libre.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la Constitución Política en su artículo 162 dispone que la reglamentación de los sistemas de concurso tiene por finalidad la selección de *candidatos*, lo cual explica por qué no puede hablarse de derecho a ser elegido, ni siquiera tratándose de candidatos seleccionados mediante concurso.

Consecuentemente, el fallo apelado debe ser confirmado, aunque como lo anota el Ministerio Público por razones diferentes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, 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 del Cauca el 19 de mayo de 1987.

Sin costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aprobado en la Sala el día 20 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ISS REGIONAL - Directivos/ **COMPETENCIA** - Agenda de Trabajo

El Director Seccional de los Seguros Sociales está investido para preparar, proyectar y fijar en su jurisdicción, acorde con las directrices y políticas de la Junta Administradora y de la Dirección General del Instituto, los planes y programas relacionados con las áreas de dirección, coordinación y control, en todo lo relacionado con el manejo del recurso humano y con el propósito de lograr los fines y objetivos que el organismo persigue en materia de seguridad social. La actividad administrativa desarrollada en el acto acusado -agenda de trabajo- corresponde ejercerla a quien tiene la responsabilidad de dirigir un organismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 2434. Actor: Ivonne Astrid Mercado Osorio. AUTORIDADES NACIONALES.

La Señora IVONNE ASTRID MERCADO OSORIO en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicita se decrete la nulidad de la Resolución No. 2672 de 16 de octubre de 1986 proferida por el Gerente Seccional del I.S.S. mediante la cual se adopta la agenda de trabajo, para el servicio de oftalmología en dicha Seccional de los Seguros Sociales.

La demandante fundamenta como único cargo contra el acto acusado, la falta de competencia del Director Seccional para expedir esta clase de regulación laboral e invoca como normas violadas, los artículos: 65 del Decreto 1650 de 1977; 164 y 165 del Acuerdo 158 de 19 de 1980 y 1 y 2 del Acuerdo 189 de

1981, proferidos por la Junta Administradora del Instituto de los Seguros Sociales (Fls. 132, 133, 3 y 120).

Admitida la demanda, se denegó la solicitud de suspensión provisional y luego el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que el Director Seccional es competente para expedir esta clase de actos, según se deduce de la lectura del artículo 65 del Decreto 1650 de 1977 (Fls. 183 y 184).

El fiscal 4o. del Consejo de Estado conceptúa que deben denegarse las súplicas de la demanda, afirma que carece de seriedad y concluye que la facultad para expedir el acto demandado se encuentra consagrada en forma expresa en el artículo 65 del Decreto Extraordinario 1650 de 1977.

Para resolver se considera:

1. El acto acusado adopta la agenda de trabajo para el servicio de oftalmología, como carácter permanente, describiendo la actividad administrativa, académica, de consulta y de turnos, ordenando someter a evaluación ésta última actividad, así como obtener las recomendaciones del caso. (Fl. 2). En las consideraciones se resalta la necesidad de mejorar la atención oftalmológica pues ella no satisface ni las espectativas de la institución ni las de los afiliados.

2. Los literales a), b), c), d), e), ñ) y o) del artículo 65 del Decreto Extraordinario 1650 de 1977, preceptúan:

"De las funciones de los Gerentes Seccionales. Son funciones de los Gerentes Seccionales:

a) *Dirigir, coordinar y vigilar la acción administrativa del Instituto en la respectiva seccional*, especialmente en lo que concierne al funcionamiento de las unidades programáticas locales, con arreglo a los planes y programas de la Junta Administradora y a las instrucciones del Director General.

b) *Ejecutar los planes y programas del Instituto* en el territorio de su jurisdicción.

c) *Elaborar proyectos y programas* seccionales para su integración al programa general del Instituto.

d) Aprobar los planes de las unidades programáticas locales, así como sus reglamentos internos sobre prestación de servicios, con el objeto de garantizar su conformidad con los reglamentos generales aprobados por la Junta.

e) Coordinar y vigilar la aplicación de las normas técnicas *y los reglamentos sobre prestación de servicios*.

...

ñ) *Evaluar los programas de la regional* y elaborar el informe de gestión que debe presentar al Director General.

o) *Vigilar los servicios de atención médica* y colaborar con los organismos de control."(se subraya).

Del texto transcrito la Sala concluye que el Director Seccional del Instituto de los Seguros Sociales está investido para preparar, proyectar y fijar en su jurisdicción, acorde con las directrices y políticas de la Junta Administradora y de la Dirección General del Instituto, los planes y programas relacionados con las áreas de dirección, coordinación y control, en todo lo relacionado con el manejo del recurso humano y con el propósito de lograr los fines y objetivos que el organismo persigue en materia de seguridad social.

3. La Sala considera importante señalar que la actividad administrativa desarrollada en el acto acusado, corresponde ejercerla a quien tiene la responsabilidad de dirigir un organismo. Además, conforme al inciso final del artículo 3° del Decreto Extraordinario 1651 de 1977, los funcionarios de seguridad social están vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar convenciones colectivas con el Instituto, para modificar las asignaciones básicas de sus cargos, pero no para convenir la agenda de trabajo de los servicios públicos a cargo del Instituto.

4. Comparando la Resolución demandada,con los preceptos legales transcritos, se concluye que el Director Seccional del I.S.S. de Antioquia, al expedir el acto acusado, obró con plena competencia para ello y por consiguiente se ajustó a derecho.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y archívese el expediente.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la Sala en sesión celebrada el día 20 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas B.,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL CIVIL DEL EJERCITO - Músicos/ **SUSTITUCION PENSIONAL** - Improcedencia

Al estudiar las normas respecto de la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército, la Sala estima que debe rectificarse la jurisprudencia de 10 de agosto de 1973, Ponente Doctor Eduardo Aguilar Vélez, en el sentido que los miembros de las bandas de música del Ejército son empleados civiles, concluyéndose que sus herederos no tienen derecho a la pensión reclamada porque legalmente sólo se otorga ese derecho a los "herederos de militares", y porque no existiendo entonces norma que permitiera la sustitución, la que había sido reconocida se extinguió al momento del fallecimiento del titular.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo primero (1o.) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 1702. Resoluciones Ministeriales. UNICA INSTANCIA -Reconstrucción-. Actora: María Elena La Rotta Torres.

Conoce la Sala de este proceso, por demanda presentada por la señorita MARIA ELENA LA ROTTA TORRES en su calidad de hija legítima y única beneficiaria de BUENAVENTURA LA ROTTA GUTIERREZ, en la cual pretende:

"a) Que se declare agotada la vía gubernativa en el presente negocio por el no pronunciamiento del Ministerio de Defensa Nacional sobre las peticiones formuladas, en su condición de beneficiaria única del Capitán BUENAVENTURA LA ROTTA GUTIERREZ, ordenándose se traiga con destino a esta petición, la demanda presentada al mencionado Ministerio, junto con sus

anexos, que fue dejada allí en fecha 24 de junio de 1983 y sobre la cual hasta la fecha ningún auto ha recaído.

b) Que como consecuencia de la anterior declaración y para restablecer el derecho a la peticionaria, ésta debe disfrutar de una pensión vitalicia de jubilación como hija legítima del citado Capitán La Rotta Gutiérrez, equivalente en todo tiempo al ochenta y cinco por ciento (85%) de la asignación básica, más las primas y partidas legalmente computables... pensión que habrá de reajustarse atendiendo a las oscilaciones de los sueldos de actividad para el personal militar y que se hará de reajustarse atendiendo a las oscilaciones de los sueldos de actividad para el personal militar y que se hará efectiva con cuatro (4) años de anterioridad a la fecha en que se hizo la reclamación ante el Ministerio de Defensa (junio 24 de 1983), todo ello conforme a la siguiente liquidación: ...1979... 1980... 1981... 1982... 1983... TOTAL LIQUIDACION... $954.299.25.

c) Que se dé estricto cumplimiento a la decisión del Honorable Consejo de Estado dentro de los términos del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo."

LOS HECHOS DE LA DEMANDA

"1. La poderdante es legítima y única beneficiaria del Capitán del Ejército, señor Buenaventura La Rotta Gutiérrez, fallecido el día 28 de octubre del año de 1960.

2. El Capitán La Rotta disfrutaba a su muerte de una pensión de retiro que le cancelaba el entonces Ministerio de Guerra en la cuantía a que se contrae el fallo de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de fecha 29 de julio de 1929...

3. La señorita María Elena La Rotta T. nació en Bogotá el 18 de noviembre de 1931, fue bautizada el 2 de agosto de 1932 y aún permanece en estado de soltería, siendo esta la circunstancia que le da el derecho a recoger pensión o asignación de retiro para restablecerle su efectivo derecho.

4. (La actora)... dependía económicamente del Capitán de la República Buenaventura La Rotta Gutiérrez.

5. En la actualidad... no existe ningún otro beneficiario con igual o mejor derecho pensional para reclamar la sustitución pensional que aquí se demanda.

6. El señor Oficial La Rotta G. prestó meritorios servicios... como miembro de las Bandas de Música del Ejército en donde laboró por un lapso superior a los 28 años.

7. Buenaventura La Rotta G. tiene una buena hoja de servicios...

8. La señora del Oficial La Rotta Gutiérrez murió desde el mes de febrero de 1952 y había contraído previamente matrimonio con dicho Oficial el 20 de agosto de 1910.

9. De acuerdo con la copia... el día 24 de junio de 1983 presenté demanda pensional ante la División de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional sin que hasta la fecha de presentación del libelo hayan sido resueltas en algún sentido las pretensiones, habiéndose operado el ...SILENCIO ADMINISTRATIVO...

10. El tiempo de servicios del señor Capitán Buenaventura La Rotta... deberá liquidarse de acuerdo con lo establecido en... la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia... de 9 de julio de 1929...

11. El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado favorablemente en varios negocios de la misma naturaleza que el presente."

El libelo fundamenta sus pretensiones en las siguientes normas: artículos 17, 30 y 169 de la Constitución Nacional; Ley 107 de 1928 (artículo 2°); Ley 126 de 1959 (artículo 114); Ley 102 de 1927 (artículo 13); Ley 75 de 1925 (artículo 22); Decreto 3071 de 1968 (artículo 141); Decreto 612 de 1977 (artículo 134); Decreto 2733 de 1959; Decreto 219 de 1979; Decreto 51 de 1980; Decreto 203 de 1981; Decreto 106 de 1983 y artículo 1° de la Ley 103 de 1912.

ALEGATO DEL APODERADO DE LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Según el apoderado de la Nación, BUENAVENTURA LA ROTTA prestó servicios en bandas de música del Ejército, durante 12 años, 7 meses y 10 días, hasta el 28 de febrero de 1913, siendo asimilado en el Grado de Capitán; en virtud de la Ley 103 de 1912, a partir del 1o. de marzo de 1913, los miembros de las bandas de música del Ejército pasaron a depender del Ministerio de Instrucción Pública; como el artículo 13 de la Ley 102 de 1927 dispuso que a ese personal se les acumularan los tiempos de servicios al Ejército y a dicho Ministerio, el señor LA ROTTA GUTIERREZ pudo acreditar un tiempo de servicio de 28 años, 7 meses y 20 días, con el cual logró que la H. Corte Suprema de Justicia le reconociera una pensión mensual vitalicia.

Dice igualmente que la actora solicitó al Ministerio de Defensa -el 24 de junio de 1983- el reconocimiento de una pensión de jubilación equivalente al 85% del sueldo básico percibido por un oficial con grado de Capitán, sustentando esa pretensión, entre otras normas, en el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 que no es aplicable al caso *sub-lite,* porque dicho artículo se refiere al beneficio prestacional a que tienen derecho los herederos del personal militar en actividad, una vez fallecido el militar que reuna más de veinte años de servicio. Que la norma aplicable era el artículo 20 de dicha Ley que ordena reconocer y pagar a los

beneficiarios del pensionado militar, una compensación igual al valor de la pensión durante un año, disposición que fue recogida por el artículo 34 del Decreto 1403 de 1956, con base en el cual los beneficiarios de BUENAVENTURA LA ROTTA (incluida la actora) -luego de su fallecimiento en octubre de 1960- obtuvieron el valor correspondiente a un año de su pensión militar, de acuerdo con la Resolución No. 2912 expedida por el Ministerio de Defensa el 2 de julio de 1962, que no fue cuestionada en manera alguna.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, toma apartes de una de las sentencias allegadas por el apoderado de la actora, concretamente la dictada por la Sala Plena, el 16 de febrero de 1979, con ponencia del Doctor JORGE DAVILA HERNANDEZ, dentro del Expediente 10300 promovido por FILOMENA FERNANDEZ VIUDA DE OREJUELA, obrante a folios 40 y siguientes, según la cual:

> "En virtud de esta disposición (artículo 22 de la Ley 75 de 1925), se dispuso no sólo que los herederos de los militares que fallecieron en acción de guerra o en actos militares y que tuvieren más de 20 años de servicio y menos de 30, sino también que los herederos de los militares que cumplieren O HUBIEREN CUMPLIDO MAS DE VEINTICINCO AÑOS DE SERVICIO, tendrían derecho a pensión, estuvieren o no retirados."

Concluye el colaborador fiscal, que este criterio jurisprudencial es aplicable al caso *sub-lite* y agrega que el artículo 20 de la Ley 75 de 1925 consagró un seguro por muerte no incompatible con la pensión reclamada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Ante todo debe puntualizarse que la jurisprudencia transcrita y acogida por el señor Fiscal 4° de esta Corporación, hace referencia a herederos de militares, y que en el caso que nos ocupa, el señor BUENAVENTURA LA ROTTA GUTIERREZ no fue militar, sino que laboró en bandas de música del Ejército por más de 28 años y, en virtud de ello, por mandato del artículo 1° de la Ley 103 de 1912 fue reputado militar, "para los efectos de la Ley 149 de 1896".

2. En fallo proferido el 10 de agosto de 1973, con ponencia del doctor EDUARDO AGUILAR VELEZ, en juicio promovido por la señorita ROSA TULIA BADILLO PARADA, esta Sección expresó:

> "El problema a dilucidar consiste fundamentalmente, en saber si los miembros de las bandas del ejército nacional, pueden considerarse como militares para efectos de transmitir las pensiones o sueldos de retiro a sus beneficiarios. Las resoluciones impugnadas, con base en una antigua jurisprudencia del Consejo, sostienen que tales personas sólo son consideradas como tal

carácter para el solo efecto de otorgarles la gracia de la pensión que en favor de los militares se estatuyó en la Ley 149 de 1896, pero no para que tal pensión pueda transmitirse a sus beneficiarios de conformidad con normas posteriores.

Para la Sala la cuestión no ofrece mayor problema: los miembros de las bandas de música del ejército se reputan militares para efectos de obtener la pensión. Si ésto es así y normas posteriores a la Ley 103 de 1912, dispusieron que tales pensiones pudieran ser transmitidas a los beneficiarios de los militares, resulta obvio y claro que esto comprende también a las personas que se reputaban militares. Así se desprende de los antecedentes que dieron origen a la Ley de 1912. A los miembros de las bandas de música al servicio del ejército debe considerárseles como militares en servicio activo. Tanto es ello así que dentro de tal actividad obtenían ascenso".

3. Al reestudiar las normas respecto de la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército, la Sala estima que debe rectificarse la jurisprudencia transcrita y retomar la anterior, expuesta entre otras, en sentencia de 25 de junio de 1959 (t LXI bis) y 4 de mayo de 1962 (t LXIV) en la última de las cuales se dijo:

"La asimilación de los músicos de las bandas del ejército a militares no quiere decir que el causante tenga un verdadero grado militar aprobado o reconocido, pues ésto sólo se logra merced al cumplimiento de las leyes y estatutos especiales que colocan al individuo dentro de la carrera militar. Dicha figura produce solamente efectos fiscales para el reconocimiento de las prestaciones sociales, las que por ser civiles, no se convierten en derechos herenciales a la muerte del causante, sino que siguen la regla general de extinguirse al ocurrir el deceso del beneficiario".

La Sala en esta oportunidad prohija esta jurisprudencia por las siguientes razones:

a) La Ley 103 de 1912 (artículo 1°) dispuso que: "Los miembros de las bandas de música se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896". Esta Ley, "sobre recompensas y pensiones militares", prescribió en su artículo 5° que, *las pensiones en cualquier caso son personales e instransmisibles*.

b) La asimilación a militares que confirió la Ley 103 de 1912 a los miembros de las bandas de música no los convirtió en tales, sino que ratificó su condición de civiles, tanto es así, que como civiles pasaron en 1913 a depender del Ministerio de Instrucción Pública, en obedecimiento al Decreto 203 de ese año; sus herederos por lo tanto no pueden reputarse "herederos de militares".

c) El artículo 22 de la Ley 75 de 1925 no consagró una sustitución pensional sino una pensión especial para "herederos de militares", luego tal prestación sólo puede otorgarse a quien demuestre esta calidad.

d) Sólo desde el año de 1961 y en virtud de la Ley 171 se consagró para el sector público la sustitución pensional.

4. En este orden de ideas, comprobado como está que el señor BUENAVENTURA LA ROTTA fue un empleado civil y que su deceso ocurrió en 1960, debe concluirse que sus herederos no tienen derecho a la pensión reclamada porque el artículo 22 de la Ley 75 de 1925 sólo otorga ese derecho a los "herederos de militares" y porque no existiendo entonces norma que permitiera la sustitución, la reconocida a su padre se extinguió, como ya lo había dicho el Consejo de Estado en 1962, al momento de su fallecimiento.

Concluye la Sala que, la demanda sólo debe prosperar en cuanto pretende la declaratoria del silencio administrativo, respecto de la petición formulada por la actora el 24 de junio de 1983.

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

FALLA:

1o. Declárase ocurrido el silencio de la administración respecto de la solicitud formulada por la señorita MARIA ELENA LA ROTTA TORRES, el 24 de junio de 1983, ante el Ministerio de Defensa Nacional.

2o. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynado Arciniegas B., Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACCION DE PLENA JURISDICCION/ CADUCIDAD - Término

En el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 no está prevista la comunicación como punto de partida para comenzar a contar el término de caducidad de la acción. Por ello, en tratándose de actos de declaratoria de insubsistencia, contra los cuales no cabe recurso alguno por vía gubernativa, y que no requieren notificación, se ha aceptado la fecha de ejecución del acto para efectos de caducidad de la acción. La Sección Segunda acatando las decisiones de la Sala Plena acepta que por tratarse de una demanda presentada en vigencia de la Ley 167 de 1941, el término de caducidad de la acción debe comenzar a contarse a partir de la ejecución del acto.

INSUBSISTENCIA - Procedencia

El acto de declaratoria de insubsistencia no está motivado, luego de nada se acusó al actor, quien era empleado de libre nombramiento y remoción. En el libelo no invoca fuero alguno de estabilidad. No ha demostrado cuáles fueron los fines contrarios a la ley, que llevaron a la administración a proferir el acto acusado; y como en ese acto no se hacen acusaciones ni se impone ninguna sanción, no era menester adelantar proceso disciplinario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3850. Autoridades Nacionales. Actor: Alvaro Avila Ramírez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por el señor Alvaro Avila Ramírez contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 1986.

ANTECEDENTES:

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el apelante pidió Tribunal declarar la nulidad de la Resolución 1822 (agosto 12) de 1983, por medio de la cual la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario 3020 Grado 06 de la División de Producción y Distribución de Alimentos de la Sub-dirección de Nutrición, Producción y Distribución de Alimentos.

Como consecuencia de tal nulidad solicitó el restablecimiento de su derecho consistente en el reintegro al mencionado cargo o a otro de igual o superior categoría y el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, "aumentos y demás emolumentos" dejados de devengar desde la desvinculación hasta el reintegro.

Los HECHOS en que basó su demanda pueden resumirse así:

Que el 12 de agosto de 1983 le fue comunicada la insubsistencia, advirtiéndole que surtía efectos a partir del 16 de los mismos mes y año;

Que trabajó al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar durante 13 años, 11 meses y 7 días, sin un solo llamado de atención, que adelantó varios cursos y seminarios de capacitación, que concursó para ingreso en carrera habiendo obtenido el primer puesto pero que ese concurso se perdió por negligencia del instituto, y que casi nunca pudo disfrutar de vacaciones puesto que -funcionario serio y consagrado a su deber- siempre estaba dispuesto a sacrificar sus planes familiares de descanso;

Que se le quiso involucrar en el escándalo de un presunto peculado, pero las referencias de la prensa a su nombre carecen de fundamento.

Que la Directora General del ICBF en Circulares de septiembre de 1982 y febrero de 1983 dijo que solo temblaran los pillos.

Como normas violadas con el acto acusado el demandante invocó los artículos 16, 17, 20 y 32 de la Constitución Nacional y el 26 del Decreto 2400 de 1968.

Surtido el trámite correspondiente a la apelación y no observándose ninguna causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En la sentencia apelada el Tribunal de Instancia declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se abstuvo de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Ese es precisamente el punto materia de apelación y el recurrente fundamenta su inconformidad en el principio de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, consagrado en el artículo 4° del C. de P.C., y en el objeto de las actuaciones administrativas, es decir, el cumplimiento de los cometidos estatales y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.

Cita el artículo 136, inciso 2° del C.C.A., que es el que indica desde cuándo deben comenzar a contarse los términos para la caducidad de la acción afirmando que en este caso concreto procede hacerlo a partir de la ejecución del acto, es decir, desde el 16 de agosto de 1983.

En cuando al aspecto de fondo afirma que se trató de una destitución con apariencia de insubsistencia, sin que se hubiera observado las formalidades legales.

Examinará la Sala en primer término lo relacionado con la caducidad de la acción.

Cuando se presentó la demanda el 15 de diciembre de 1983, regía el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, y conforme al inciso 3° de dicha norma "La (acción) encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

En verdad en esta disposición no está prevista la *comunicación* como punto de partida para comenzar a contar el término de caducidad de la acción.

Por ello, en tratándose de actos de declaratoria de insubsistencia, contra los cuales no cabe recurso alguno por vía gubernativa, y que no requieren notificación, se ha aceptado la fecha de ejecución del acto para efectos de caducidad de la acción.

La Sección Segunda acatando las decisiones que al respecto adoptó la Sala Plena del Consejo de Estado en esta materia, en sentencias proferidas el 7 de marzo y el 21 de septiembre de 1988, acepta que por tratarse de una demanda presentada en vigencia de la Ley 167 de 1941, el término de caducidad de la acción debe comenzar a contarse a partir de la ejecución del acto, la cual tuvo lugar el 16 de agosto de 1983.

De lo anterior se concluye que cuando se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de diciembre de 1983, no se

encontraba vencido el término de 4 meses señalado en la ley, y por tanto debe revocarse la sentencia apelada y proceder a estudiar el fondo del asunto.

Alega el demandante desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia por cuanto, según él, contiene una destitución implícita, debido a que se le quiso involucrar en el escándalo de un presunto peculado cometido en el I.C.B.F. Seccional Huila en el año de 1979.

Que además, la Directora del Instituto en circular No. 137, fechada el 29 de septiembre de 1982, manifestó que: "No temblarán sino los pillos"; de donde se deduce que se pretendió sancionar a un funcionario honesto y cumplidor como él, incurriendo también en "extralimitación de funciones" o en "omisión en el ejercicio de éstas".

Luego de examinar cuidadosamente los antecedentes administrativos que obran en el proceso, encuentra la Sala que las posibles irregularidades relacionadas con un presunto peculado por indebida destinación de alimentos en la Regional del Huila, traídas a colación en la demanda, se detectaron en el año de 1979, y la declaratoria de insubsistencia del actor se produjo en 1983.

En el expediente no obra ningún documento indicativo de que contra el señor Alvaro Avila Ramírez se hubiera iniciado algún proceso disciplinario por esos hechos, ni que entre ellos y el retiro del servicio del señor Avila hubiera existido relación de causalidad.

En los antecedentes administrativos aparecen documentos que dan cuenta de una investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación en 1983 por irregularidades en la comercialización de harina de trigo que había sido donada por el Programa Mundial de Alimentos de la FAO.

Sobre los hechos ocurridos se recibió declaración al señor Alvaro Avila el mismo día en que fue declarado insubsistente, es decir, el 12 de agosto de 1983, pero de dicho interrogatorio no se desprende acusación alguna en su contra, ni está demostrado que con posterioridad se le hubiera formulado pliego de cargos.

El acto de declaratoria de insubsistencia no está motivado, luego de nada se acusó al demandante, quien era empleado de libre nombramiento y remoción. En el libelo no invoca fuero alguno de estabilidad.

Si en el área en la cual trabajaba en el Instituto se presentaban frecuentes irregularidades, ello indica que el desempeño de las personas que tenían a su cargo esos asuntos, no estaba contribuyendo al buen servicio. Y precisamente la facultad de libre nombramiento y remoción está prevista por la ley con la única finalidad de garantizar el buen servicio.

El actor no ha demostrado entonces cuáles fueron los fines contrarios a la ley, que llevaron a la Administración a proferir el acto acusado; y como en ese

acto no se hacen acusaciones ni se impone ninguna sanción, no era menester adelantar procedimiento disciplinario.

En cuanto a las Circulares Nos. 137 de 29 de septiembre de 1982 y 8 de febrero de 1983, suscritas por la Directora del Instituto cabe afirmar como lo ha hecho la Sala en otras ocasiones, que ellas no derogaron ni podía hacerlo, la facultad de libre nombramiento y remoción consagrada en la ley.

Además, tampoco puede admitirse que constituyen motivación general y anticipada de todos los actos posteriores de remoción, máxime cuando no contienen imputaciones concretas a funcionarios determinados.

La desviación de poder debe probarse por quien la alega, y el actor no demostró ni el desmedro en el servicio ni fines contrarios a la recta administración.

Por tanto, el acto acusado conserva la presunción de legalidad que lo ampara.

Finalmente cabe recordar, que según jurisprudencia constante del Consejo de Estado, la falta de anotación en la hoja de vida del empleado, de las causas de la insubsistencia, no vicia el acto ni acarrera su nulidad.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 8 de abril de 1988, proferirida por el Tribunal Administrtivo de Cundinamarca dentro del proceso instaurado por el señor Alvaro Avila Ramírez.

En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 20 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONGRESO/ COMPETENCIA/ PRESTACIONES SOCIALES - Fijación

La facultad de señalar remuneración y prestaciones en el orden nacional ha pertenecido siempre al Congreso, aun antes de la reforma constitucional hecha por el Acto Legislativo No. 1 de 1968. El acto demandado al ser proferido por autoridad incompetente; quedo viciado de nulidad.

ES NULO el Acuerdo No. 26 de 23 de mayo de 1962, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 583. Autoridades Nacionales. Actor: Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

El Fondo Nacional de Caminos Vecinales, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita la nulidad del Acuerdo No. 26 del 23 de mayo de 1962, de la Junta Directiva de ese organismo, en virtud del cual se establece una prima especial para sus trabajadores y empleados.

Como hechos sustentatorios de las pretensiones de la demanda, se expusieron, en síntesis, los siguientes:

- Los estatutos orgánicos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales (establecimiento público del orden nacional, creado por el Decreto 1650 de 1960), aprobados por el Decreto 2057 de 1961, facultaron a esa entidad para fijar los salarios, prestaciones y condiciones de asistencia y protección social para sus

empleados, trabajadores y obreros, así como los estímulos para los mismos, pero dentro de los límites legales.

- Afirmando hacer uso de sus atribuciones legales, la Junta Directiva de dicho Fondo, en consideración a la imposibilidad de estar modificando los sueldos y salarios en consonancia con las fluctuaciones del costo de vida, expidió el Acuerdo No. 26 de 1962, por el cual se estableció una prima especial para los trabajadores y empleados del mismo, equivalente a dos meses de salario por año, pagaderos en junio y diciembre de cada año, comenzando en junio de 1962.

Como disposiciones violadas la parte demandante invocó las siguientes: Numeral 9) del artículo 76 de la Constitución Nacional, artículo 9° de la Ley 153 de 1987, Decreto 710 de 1978, artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, Decreto 1160 de 1947, Leyes 54 de 1960 y 187 de 1969 y el Decreto 2057 de 1961 aprobatorio de los Estatutos Orgánicos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Señaló también que el acto impugnado contraría la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de esta Corporación, conforme a la cual la facultad para crear situaciones jurídicas, por vía general, en materia de prestaciones sociales de empleados y funcionarios públicos, radica exclusivamente en el Congreso Nacional y por delegación de éste, en el Presidente de la República cuando así se disponga expresamente.

A continuación menciona el régimen jurídico relativo a las primas y bonificaciones especiales vigentes cuando se expidió el Acuerdo 026 de 1961, precisando que a partir de la Ley 6a. de 1945 (artículo 74) se creó la prima de navidad equivalente a un mes de sueldo, pero únicamente a favor de los empleados de las Cámaras, beneficio que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1160 de 1947 se extendió a todos los empleados y obreros de la Nación. Expresa igualmente, que por mandato del Decreto 3055 de 1955, los establecimientos públicos nacionales o servicios públicos descentralizados de carácter nacional, no podrán decretar ni pagar primas o bonificaciones de ningún género, distintos de los de los demás trabajadores al servicio de la Nación.

Agrega la libelista que si el literal i) del artículo 5° de los estatutos del Fondo lo autoriza para fijar los salarios, prestaciones sociales y condiciones de asistencia y protección social para sus trabajadores y obreros dentro de los límites legales, dicha junta no podía válidamente crear una prima o bonificación distinta de aquellas que por ley rigen para los demás trabajadores del servicio público, porque no existe norma constitucional o legal que consagre a favor de tales servidores la prerrogativa de reconocer dos meses de sueldo por año como prima o bonificación especial ni se había autorizado expresamente al citado Fondo para crear esa prestación.

Por tanto concluye que con la expedición del acuerdo acusado se incurrió en extralimitación de funciones, configurándose así una incompetencia en razón

de la materia, lo cual, en términos del artículo 84 del C.C.A. genera su nulidad. Que el acuerdo *sub-judice* es violatorio, en primer lugar, de los estatutos del Fondo, porque contrariando lo establecido en ellos, creó una prestación fuera de los límites legales, esto es extralegal. En segundo término, considera el accionante que la prima establecida en el Acuerdo No. 26 de 1962, contraría también las normas legales vigentes sobre la materia, de donde surge su ilegalidad, a la luz del artículo 240 del C. de R. P. y M.

Así mismo, repara en la parte motiva del acuerdo acusado, porque en ella se dice que la razón para consagrar la aludida prestación es la imposibilidad de estar modificando constantemente los sueldos y salarios en consonancia con las fluctuaciones del costo de la vida, por cuanto una prima de esa naturaleza encaminada a procurar un salario real, estaba contemplada en la Ley 187 de 1959 y si el Presidente de la República, con facultad constitucional de hacer operantes las leyes, no la puso en vigencia, mal podría la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales suplir este vacío creando para sus empleados y trabajadores una prima especial como suplemento salarial en lugar de la modificación periódica de los salarios. Y que además, el Fondo sí aumentó anualmente los sueldos de sus servidores, como lo demuestran las actas respectivas de su Junta Directiva.

Entra luego a analizar la situación jurídica sobre la materia después de la Reforma Constitucional de 1968, recalcando cómo de acuerdo con el numeral 9° del artículo 76 de la Constitución Política, es atribución exclusiva del legislador determinar el régimen de las prestaciones sociales de las personas que desempeñan cargos públicos en la Administración Nacional e indica que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó en diciembre de 1982, que el Acuerdo 026 de 1962 que establecía la prima de carestía, fue subrogado por el Decreto 710 de 1978 que reguló todo lo relativo a esta materia. Finaliza diciendo que si este Decreto y el 1042 de 1978, efectivamente contienen íntegramente el régimen jurídico sobre prestaciones sociales, el acuerdo impugnado al crear una prima de carestía es clara y ostensiblemente inconstitucional frente al numeral 9 del artículo 76 de la Constitución Política e ilegal frente a tales estatutos. Que si se concluyera que el Acuerdo 26 desapareció de la vida jurídica por subrogación, debe anularse de todas manera en atención a que las disposiciones derogadas no se convierten en letra muerta sino que continúan gobernando las situaciones creadas bajo su imperio, de suerte que si aquel estuvo vigente por más de 20 años, la subrogación a partir de 1978, no es suficiente para dirimir los conflictos creados durante su vigencia.

La solicitud de suspensión provisional del acto formulada con la demanda, se despachó favorablemente en providencia del 1o. de mayo de 1985 (fls. 47 a 50), decisión que fue confirmada mediante auto de 5 de diciembre de 1988 (fls. 100 a 106).

El doctor Gilberto Duque Ospina, constituido en parte impugnadora, quien en tal calidad suplicó el auto que dispuso la suspensión del Acuerdo 026 de 1962, al alegar de conclusión (fls. 124 a 139) solicita que se denieguen las súplicas de

la demanda, con base en los argumentos consignados en el escrito respectivo (fls. 125 a 139), los cuales son similares a los planteamientos que expuso al oponerse a la suspensión provisional del acuerdo demandado y hacen relación a la condición de salario diferido, que, en su concepto, tiene la prima creada por el acto impugnado, lo cual determina la legalidad de éste, toda vez que de conformidad con los estatutos del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, éste tiene facultad para fijar las remuneraciones de sus servidores; a la improcedencia de aplicar los Decretos 3055 de 1955 y 3130 de 1968 al caso *sub-judice* y a la aplicación del principio de favorabilidad existente en materia laboral, en caso de que se presenten dudas sobre si la prima aludida tiene el carácter de prestación social o de salario diferido, con el fin de que se tome en este último sentido (salario diferido), porque resulta más beneficioso para los trabajadores oficiales del Fondo, únicos servidores en cuyo favor formula su impugnación.

La Agencia del Ministerio Público solicita se declare la nulidad del acuerdo demandado, exponiendo en lo pertinente lo siguiente:

> "El Fondo Nacional de Caminos Vecinales es un establecimiento Público del orden nacional, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1650 de 1960. Sus estatutos fueron aprobados mediante Decreto 57 de 1961, por lo cual, siendo entidad descentralizada, está cobijada por lo dispuesto en el artículo 76,9 de la Constitución Nacional, en el sentido de que solamente el legislador ordinario o el Presidente de la República como legislador extraordinario, revestido de facultades *pro-tempore* (76,12), y previo el cumplimiento del artículo 79,2 *ibídem*, pueden regular lo referente a primas o bonificaciones especiales de los empleados públicos que laboran en estas entidades, teniendo en cuenta que estas prestaciones forman aparte de las escalas de remuneración estas condiciones, la Junta Directiva de la entidad no tenía competencia para regular sobre las materias plasmadas en el acto acusado" (fls. 146 y 147).

De igual manera, apoyándose en la providencia que decretó la suspensión provisional, sostiene que:

> "...en ningún momento el Presidente de la República al expedir el Decreto 2057 de 1961, mediante el cual aprobó los estatutos del Fondo, se puede hablar de que haya delegado en la Junta Directiva del Fondo, a través del artículo 5° u otorgado a éste la facultad de fijar la prima o bonificación especial a que hace referencia el artículo primero del acto acusado." (fl. 147).

Agotado el trámite de la ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero anotar, que para la Sala la prima o bonificación cuestionada, encaja mejor en el concepto de prestación social que en el de salario, y que varias

prestaciones sociales como la prima de navidad y la de vacaciones se tienen en cuenta para la liquidación de otras, sin que por esa razón deba considerarse salario, es decir, retribución ordinaria y permanente de servicios, pagadera por días, semanas, décadas, quincenas o por períodos no mayores de un mes.

Pero en verdad, frente a la acusación de vicio de incompetencia, causal que principalmente se invoca para obtener la nulidad del acto acusado, no es relevante, el que se trate de salario o de prestación social.

En efecto, aún antes de la modificación introducida por el artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 al artículo 76 de la C.N., era atribución del Congreso, "crear mediante ley los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones". Así lo establecía el ordinal 9° del artículo 76 de la C.P. según codificación hecha en 1945.

Obviamente las respectivas dotaciones eran la remuneración y las prestaciones sociales correspondientes a cada empleo.

Jamás norma constitucional o legal alguna, aparte del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, ha facultado a las entidades descentralizadas para fijar remuneración a prestaciones sociales de sus servidores.

El señalamiento de la remuneración es decir del salario en el orden nacional ha sido siempre atribución privativa del Congreso.

Precisamente por esa razón, fue necesario que el Congreso mediante la Ley 19 de 1958, citada por la parte impugnadora, invistiera de precisas y temporales facultades al Presidente de la República para señalar remuneraciones a los empleos que creara en desarrollo de la autorización dada para reorganizar la administración pública.

Mal podía entonces el Gobierno trasladar esa facultad que se le concedía *pro-tempore*, de acuerdo con el ordinal 12 del artículo 76 de la C.P. que regía en ese entonces, a las entidades descentralizadas, y concretamente al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, en forma permanente, pues, se repite, no era atribución que le perteneciera al Gobierno sino al Congreso.

El literal i) del artículo 5° de los Estatutos del Fondo, aprobados mediante Decreto 2057 de 1961 expresó que éste, es decir el Fondo, podía "Fijar los salarios, prestaciones y condiciones de asistencia y protección social para sus empleados, trabajadores y obreros, así como los estatutos para los mismos dentro de los límites legales".

Ello significa, que la entidad no podía señalar ni remuneración ni prestación social diferentes a las fijadas en la Ley. O sea que al carecer de facultad para crear nuevas resultaba inútil repetir lo dicho por la ley.

La demanda insiste en que en el año de 1962 no existía, creada por la ley, la prima a que se refiere el acuerdo acusado, con la finalidad que en él se indica, y por tanto constituyó prestación extralegal.

Como tal afirmación es exacta, debe concluirse que el Acuerdo No. 26 de 1962 fue expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales sin facultad legal para hacerlo, y por tanto debe anularse.

Advierte la Sala, que los derechos de los trabajadores oficiales, quienes no se rigen por las normas del C.S. del T. sino por las leyes que los cobijan, por lo estipulado en cada contrato y por lo acordado en las Convenciones Colectivas que se firmen, no pueden ser objeto de análisis y decisión en este proceso en el cual se controvierte únicamente, y en acción de simple nulidad, la legalidad del Acuerdo No. 23 de mayo 23 de 1962, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Dilucidado como está, que la facultad de señalar remuneración y prestaciones sociales en el orden nacional ha pertenecido siempre al Congreso, aun antes de la reforma constitucional hecha por el Acto Legislativo No. 1 de 1968, es preciso concluir que el acto demandado al ser proferido por autoridad incompetente, quedó viciado de nulidad y por tanto así debe declararse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso adminsitrtivo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Es nulo el Acuerdo No. 26 de 23 de mayo de 1962, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejercutoriada esta providencia, archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 13 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL/ CALIFICACION DE SERVICIOS/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ NULIDAD PROCESAL

Se pretende la nulidad de un acto expedido por una autoridad del orden nacional (Tribunal Superior del Distrito Judicial), el cual carece de cuantía. El acto demandado no está excluido del control ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues su contenido no es disciplinario, sino consecuencia de la calificación de los servicios de un empleado de la rama jurisdiccional, función administrativa realizada por autoridades jurisdiccionales y por tanto la demanda corresponde conocerla a esta jurisdicción. Como carece de cuantía la competencia para su juzgamiento está atribuida privativamente y en única instancia al Consejo de Estado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 5370. Actor: Amparo Disney Vega Mendoza.

Llegado el momento para decidir la apelación del auto de 14 de junio de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante el cual negó el incidente propuesto por el señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ, en el que solicitaba la nulidad de lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, se observan los siguiente,

ANTECEDENTES:

1o. La Juez 1o. Civil Municipal de Cúcuta, AMPARO DISNEY VEGA MENDOZA, declaró insubsistente al secretario del citado despacho, señor Luis

Felipe Rodríguez, invocando el art. 51 del Decreto 0052 de 1987, que trata del retiro por dos calificaciones insatisfactorias.

2o. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta al desatar la apelación en providencia de 6 de octubre de 1989, revoca la insubsistencia antes mencionada.

3o. AMPARO DISNEY VEGA MENDOZA, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad, instauró demanda contra la citada providencia de 6 de octubre de 1989, e igualmente solicitó la suspensión provisional del mismo.

4o. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en auto de febrero 5 de 1990, admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto demandado, por cuanto la apelación fue resuelta por la Sala Disciplinaria, a la cual no le correspondía.

5o. En el auto admisorio de la demanda se dispuso notificar personalmente al Ministro de Justicia por conducto del Director General de la Cárcel Nacional de Cúcuta -entidad demandada- y al Señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ, "en razón de su interés directo con el resultado del presente proceso".

6o. El señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ constituyó apoderado, el cual contestó la demanda e interpuso recurso de apelación contra el auto admisorio de la misma.

7o. Por auto de 26 de marzo de 1990, el *a-quo* negó por extemporáneo el recurso de apelación.

8o. El señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ por intermedio de apoderado, solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la damanda inclusive, incidente que fue negado por auto de 14 de junio de 1990.

9o. Contra la providencia que negó el incidente de nulidad planteado, el señor LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ, interpuso recurso de apelación para ante esta Corporación, el cual se procede a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

a) En la parte resolutiva de la providencia demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dispuso:

> *Primero: REVOCAR* como en efecto se revoca la *RESOLUCION* No. 005 de junio 26 de 1989 por medio de la cual declaró insubsistente en el cargo de SECRETARIO del Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta, al Señor *LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ,* identificado con la cédula de ciudadanía No.13'243.565 de Cúcuta.

Segundo: DECRETAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCION No. 0001 de mayo 30/89, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

Tercero: SUSPENDER EN EL ESCALAFON al señor *LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ,* secretario del Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta por el término de *UN AÑO,* con pérdida de las prerrogativas del mismo, salvo la capacitación, a partir de la primera calificación.

Cuarto: Notifíquese personalmente esta providencia al Señor *LUIS FELIPE RODRIGUEZ PEREZ.*

Quinto: Envíase copia de la misma, a la Dirección Seccional de la Carrera, para efectos de la suspensión en el escalafón, al Consejo Superior de la Carrera Judicial.

Sexto: COMPULSAR COPIAS de la presente providencia a la Sala Penal del Tribunal, para investigar el posible hecho punible de *ABUSO DE AUTORIDAD* en que pudo haber incurrido la Juez Primero Civil Municipal Doctora *AMPARO VEGA MENDOZA.*

Se observa que mediante la presente demanda, se pretende la nulidad de un acto expedido por una autoridad de orden nacional, el cual carece de cuantía, razón por la cual hay necesidad de examinar en primer término si puede ser objeto de juzgamiento ante la jurisdicción contencioso administrativa, y en segundo término, la competencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander para conocer de la demanda.

a) ***Del juzgamiento ante la jurisdicción contencioso administrativa***

Dispone el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989:

Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está 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 los 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 su parte el Decreto 1888 de 1989, por el cual se modifica el régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccinal, en su artículo 51, dispone:

> Artículo 51. Las providencias que en materia disciplinaria se dicten en relación con funcionarios y empleados judiciales son actos jurisdiccionales, no susceptibles de acción contenciosa administrativa.

De las normas transcritas se infiere, que el acto demandado no está excluído del control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pues su contenido no es disciplinario, sino consecuencia de la calificación de los servicios de un empleado de la rama jurisdiccional, función administrativa realizada por autoridades jurisdiccionales y por lo tanto, la demanda corresponde conocerla a esta jurisdicción.

b) ***Competencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander para conocer el asusto.***

Como el auto acusado carece de cuantía, a la luz de lo dispuesto en el numeral 1o. del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo la competencia para su juzgamiento está atribuída privativamente y en única instancia al Consejo de Estado.

Al carecer de competencia el Tribunal Administrativo de Norte de Santander para conocer de esta demanda, se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

Como la causal de nulidad proveniente de falta de competencia funcional configurada en el presente asunto no es saneable, según las voces del inciso final del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, habrá de declararse la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

En mérito de lo anteriormente expuesto, esta Sala Unitaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE :

1. Declárase la nulidad de lo actuado en este proceso, a partir del auto admisorio de la demanda de 14 de junio de 1990 inclusive, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho para decidir sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional.

3. Como el presente proceso llegó en apelación de auto que negó el incidente de nulidad planteado, el cual fue concedido en *efecto devolutivo,* se ordena que por Secretaría se libre oficio al Tribunal Administrativo de Norte de Santander, informándole del contenido de esta decisión a efecto de que tome las medidas pertinentes.

Cópiese y notifíquese.

Diego Younes Moreno.

ACCION DISCIPLINARIA/ PRESCRIPCION/ PROCESO DISCIPLINARIO/ DESTITUCION

No es la fecha de la denuncia el punto de partida para contar la prescripción, sino aquélla "en que se haya cometido la falta", o "a partir del último acto constitutivo de la falta".

No es argumento válido contra la regularidad del proceso disciplinario el de que no se hubiera adelantado con sujeción estricta a los términos, cuando, por otra parte, se hayan surtido los trámites legales a efecto de comprobar las faltas, permitiendo al incriminado conocer los cargos, formular descargos y pedir pruebas en su favor y garantizando el derecho de defensa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 3258. Consulta de Sentencia. Actor: Mario León Mejía Calle.

Se procede a revisar, por vía de consulta, la sentencia de 10 de diciembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por Mario León Mejía Calle para impetrar la nulidad de las Resoluciones 120 del 23 de septiembre de 1985, 601 del 11 de julio de 1986, expedidas por la Procuraduría Regional de Ibagué y la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante las cuales se sancionó al actor con solicitud de destitución, y la 037 del 15 de enero de 1987 del Ministerio de Justicia por la cual se le destituyó del cargo de Director de Establecimiento Carcelario, código

5070, grado 18, de la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia, para que, a título de restablecimiento del derecho se le reintegre al cargo y se le paguen los derechos inherentes a éste hasta el reintegro.

El *a-quo* despachó favorablemente las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes principales consideraciones:

> "Como, de acuerdo con la fecha en que el Sr. Yamel Campuzano formuló la primera queja contra el señor Mario León Mejía Calle, los hechos materia de la investigación disciplinaria por faltas presuntamente cometidas por éste, tuvieron lugar con anterioridad al 26 de marzo de 1982, es por lo que la Sala tomará esta fecha como punto de partida para efectos de establecer si cuando se sancionó con destitución al demandante, la acción estaba prescrita (caducada), esto es, si habían transcurrido los doce meses de que trata el artículo pre-transcrito, veamos:
>
> El primer acto administrativo que solicitó la destitución del demandante, tiene fecha 23 de septiembre de 1985 (Res. No. 120, Fl. 48, c. No. 1), o sea, que fue expedido a los tres (3) años cinco (5) meses y veintisiete (27) días de los hechos objeto de la sanción. El segundo acto, confirmatorio parcialmente del anterior fue expedido el 11 de julio de 1986 (Res. No. 601, Fl. 65, c. No. 1), es decir, cuatro años, tres (3) meses y quince (15) días más tarde y la sanción se aplicó efectivamente el 15 de enero de 1987, cuatro (4) años, nueve (9) meses y diez y nueve (19) días después.
>
> Así las cosas, le es fácil a la Corporación concluir que cuando -el actor fue sancionado con destitución del cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, grado 18, la acción disciplinaria estaba prescrita (caducada).
>
> Aún si se pensara que la formulación de los cargos, por faltas disciplinarias, interrumpiese el término de prescripción (caducidad) de la acción de tal naturaleza, tendríamos, en el caso en cuestión, que de todas formas la acción disciplinaria en contra del Sr. Mejía Calle se hallaba prescrita (caducada) al momento de dicha formulación, toda vez que ella tuvo lugar el día 22 de diciembre de 1983 (Fl. 34, c. No. 1), al paso que los hechos constitutivos de la pretendida falta, como se ha dicho, tuvieron ocurrencia con anterioridad al 26 de marzo de 1982. Dicho en otras palabras, los cargos fueron formulados un (1) año, ocho (8) meses veintiséis (26) días después, de tal forma que ya habían transcurrido los doce meses a que se refiere el artículo 65 del Decreto 2655 de 1973." (Fls. 137-138).

Estimó, además, el fallador de instancia que la prescripción de la acción disciplinaria no se rige por el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 que la fija en 5 años, porque, cuando la Procuraduría General de la Nación asume el juzgamiento de las conductas de funcionarios regidos por estatutos disciplinarios especiales, ocurre simplemente una sustitución de competencia, por lo que al proceso disci-

plinario deben aplicarse las normas especiales a las cuales está sometido ese personal, aparte de que ésto "resulta más favorable para los intereses del encartado" según el principio de favorabilidad consagrado en la legislación penal.

Y concluye que el principio de favorabilidad debe ser acogido "por cuanto las sanciones disciplinarias han sido asimiladas a las sanciones que por delitos aplica la justicia ordinaria" (fls. 138-139).

Cumplido el trámite de Ley, y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Fácil es advertir la especial relevancia que tiene lo relativo a la prescripción de la acción por cuanto la sentencia consultada tiene principal fundamento en la consideración de que, "cuando el actor fue sancionado con destitución del cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, grado 18, la acción disciplinaria estaba prescrita (caducada)." (Fl. 137).

La prescripción a que el *a-quo* alude es la prevista en el artículo 63 del Decreto 2655 de 1973, estatuto que rige la carrera penitenciaria y regula la administración del personal que presta sus servicios en el ramo carcelario y penitenciario. El artículo 65 del citado estatuto señala que "la acción disciplinaria prescribirá en seis meses respecto de faltas leves, y en doce, respecto de faltas graves". Agrega la disposición que "el término de prescripción se contará a partir de la fecha en que se haya cometido la falta".

Discurre el Tribunal que "no tiene razón la Procuraduría al manifestar que la prescripción (caducidad) de la acción disciplinaria se rige por la Ley 25 de 1974, artículo 12, porque cuando aquella entidad fiscalizadora asume el juzgamiento de las conductas del pesonal regido por estatutos disciplinarios especiales, lo que ocurre es una sustitución de competencia y nada más, pero debe aplicar en todo proceso disciplinario las normas especiales a que tal personal está sometido". (fls. 138-139).

Este es justamente el planteamiento del actor, que se lee en el libelo demandatorio a folios 98-99.

De otra parte, la Ley 25 de 1974, dispone en su artículo 12:

> "La acción disciplinaria prescribe en cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta".

Refiriéndose a este aspecto, dice la Resolución 601 de 1986 del Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa:

"Esta Delegada no comparte las apreciaciones expuestas por el encartado, por cuanto sería aplicable la prescripción de los dos años en el caso de que el disciplinario lo hubiera iniciado la Dirección General de Prisiones. Lo ha iniciado en este caso la Procuraduría la cual tiene para la investigación y sanción un régimen verdaderamente especial del cual no debe apartarse." (fl. 388).

Razón tiene la Procuraduría, la que no puede regirse en sus investigaciones disciplinarias sino por la Ley 25 de 1974, como es de rigor. Señala esta ley por otra parte, que la Procuraduría desplaza a la administración en los procesos disciplinarios (artículos 23 y 24). No podía esta entidad, investigando directamente la conducta del señor Mario León Mejía Calle, regirse parcialmente en su actuación por las normas de la Ley 25 de 1974 al desechar lo dispuesto en el artículo 12 sobre prescripción de la acción, pues el estatuto ha de aplicarse en su integridad.

En cambio, el Tribunal, tomando como norma de prescripción la del Decreto 2655 de 1973 (artículo 65), discurre en la siguiente forma:

"Como, de acuerdo con la fecha en que el señor Yamel Campuzano formuló la primera queja contra el señor Mario León Mejía Calle, los hechos materia de la investigación disciplinaria por faltas presuntamente cometidas por éste, tuvieron lugar con anterioridad al 26 de marzo de 1982, es por lo que la Sala tomará ésta fecha como punto de partida para efectos de establecer si cuando se sancionó con destitución al demandante, la acción estaba prescrita (caducada), esto es, si habían transcurrido los doce meses de que trata el artículo pretranscrito, veamos:

El primer acto administrativo que solicitó la destitución del demandante, tiene fecha 23 de septiembre de 1985 (Res. No. 120, Fl. 48, c. No. 1), o sea, que fue expedido a los tres años, cinco meses y veintisiete días de los hechos objeto de la sanción..." (Fl. 137).

Cabe observar, en primer término, que no es la fecha de la denuncia el punto de partida para contar la prescripción, sino aquella "en que se haya cometido la falta" según el Decreto 2655 de 1973, aplicado por el Tribunal, o "a partir del último acto constitutivo de la falta", como dice el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, que es la disposición aplicable al caso.

Al respecto, según se lee en la Resolución No. 120 de septiembre 3 de 1985 de la Procuraduría Regional de Ibagué, "adelantada la investigación disciplinaria de rigor, se estableció que el señor Mario León Mejía Calle, *durante los años 1981 y 1982,* se dedicó a efectuar negociaciones con los reclusos de la cárcel del Circuito de Chaparral de la cual era Director, obteniendo un préstamo por la suma de $14.000 por parte del interno Marco Antonio García y logró que el también interno Napoleón Berján Rodríguez le vendiera una finca por bajo precio

y a plazos, se probó igualmente que el señor Mejía Calle castigó e increpó a los internos que protestaron por la ocurrencia de los hechos irregulares..." (Fl. 48).

Así pues, si los hechos sancionables se cometieron en 1981 y en 1982 (en marzo y mayo de este año, según dice la demanda a folio 98) y la sanción de la Procuraduría se produjo mediante Resolución 120 de *septiembre 23 de 1985* (confirmada por Resolución 601 de julio 11 de 1986 y aplicada por el Ministerio de Justicia en enero 15 de 1987), no había prescripción o caducidad de la acción.

Despojado este primer aspecto, corresponde examinar los planteamientos de la demanda sobre la violación constitucional y legal que se atribuye a los actos enjuiciados.

Comienza el actor por referirse a sentencias de la Corte, del Tribunal Disciplinario y del Consejo de Estado sobre "las garantías y principios normativos aplicables al proceso administrativo disciplinario", para deducir que "un hecho punible que no se pueda demostrar no da lugar a punibilidad", que es verdad de Perogrullo.

A continuación invoca el quebranto de normas constitucionales y de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, junto con "la Ley 25 de 1974, Decreto 3404 de 1983 y especialmente el Decreto 2655 de 1973, artículos 35, 42, 44, 46, 48 y 49 literal A y B, numeral 2, 57, 58 y 65; artículo 1º del Decreto 749 de 1975." (Fls. 80-95).

Y alega que "todo proceso disciplinario de primera instancia debe evacuarse en un término máximo de 88 días, a partir de la apertura de la investigación... y 98 días, cuando se ordene investigación preliminar" y que, "como se pretermitieron, en exceso, dichos términos perentorios, resulta violado el debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional". (Fls. 96-97).

Agrega que "tampoco tuvo en cuenta la Procuraduría, al formular la sanción, la ausencia de antecedentes disciplinarios del encartado, su buena conducta anterior y menos los criterios atenuantes o eximentes de las supuestas faltas". (Fl. 97).

Insiste en que "aún en caso de conflicto entre la prescrición de cinco años contemplada en la Ley 25 de 1974 y la de doce meses del Decreto 2655 de 1973, el principio de favorabilidad del artículo 26 de la Constitución Nacional y 6º del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal, conduce inflexiblemente a la aplicación de la última norma".

Concluye afirmando que "las anteriores son *las razones de peso* para señalar el concepto de violación..." (Fl. 99).

Es pertinente formular a este respecto, algunas precisiones, a saber:

1. No es argumento válido contra la regularidad del proceso disciplinario el de que no se hubiera adelantado con sujeción estricta a los términos, cuando, por otra parte, se hayan surtido los trámites legales a efectos de comprobar las faltas, permitiendo al incriminado conocer los cargos, formular descargos y pedir pruebas en su favor y, en suma, garantizando el derecho de defensa.

2. La invocación del principio de favorabilidad con fundamento en la Constitución y en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal no es atendible si lo que se busca es soslayar los efectos de la ley, como ocurre en el *sub-lite* con la pretensión de lograr declaración de prescripción de la acción. Por lo demás, no se da argumento alguno en favor de la alegada analogía entre infracciones penales y faltas disciplinarias.

3. Fueron debidamente investigados y comprobados algunos de los hechos irregulares que se imputaron al actor y que la Procuraduría consideró de especial gravedad en las circunstancias en que se cometieron, según puede verse en las Resoluciones enjuiciadas.

4. El demandante ostenta antecedentes de mala conducta en el ejercicio del cargo, lo que es circunstancia agravante según el numeral 2° del artículo 43 del Decreto 2655 de 1973. A folios 110 y 111 de su Hoja de Vida aparece una suspensión de treinta días en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario de la Cárcel del Circuito de Chaparral (Resolución No. 00999 de diciembre 15 de 1980, confirmada por Resolución No. 9314 de diciembre 2 de 1981, Fls. 131 y 132). Otra sanción puede verse en el Oficio de agosto 25 de 1976 (Fl. 68).

5. Visto el acervo probatorio, es perfectamente válida la conclusión que se lee en la Resolución No. 601 de la Procuraduría:

> "Queda entonces claro cómo la prohibición de negociar con los reclusos si fue violada por el señor Director de la Cárcel de Chaparral, Mario León Mejía Calle". (Fl. 71).
>
> "Se tiene entonces que ha prosperado el cargo de haber el inculpado entrado en negociaciones con el detenido Berján Rodríguez, logrando adquirir del citado detenido su finca. Así mismo ha prosperado el cargo que hace relación con haber increpado acerbamente a varios de los detenidos". (Fls. 72-73).

Todas estas circunstancias permiten a la Sala concluir que la sanción impuesta al actor se ajusta a derecho, por lo que el fallo consultado deberá revocarse, para negar las súplicas 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:

REVOCASE la sentencia de diciembre diez (10) de mil novecientos ochenta y siete (1987) proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío y, en su lugar, NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 13 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO/ CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO/ TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ ACTO DE NOMBRAMIENTO/ ACCION ELECTORAL/ SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA

Si se demanda un acto tipo particular y su nulidad acarrea el restablecimiento automático de un derecho, es de plena jurisdicción; si no lo produce, es de nulidad simple. En aquel caso, su titular es el individuo interesado; en el otro, será toda persona, aunque tome el cariz de "contencioso objetivo impropio" en contraposición del "contencioso objetivo propio" o sea cuando se dirigiera el libelo contra un acto administrativo abstracto.

Esta es la posición actual del Consejo con el agregado de que, cuando se halle el juez administrativo frente a un acto particular habrá un litisconsorcio necesario en la persona a quien pueda afectar la resulta del juicio.

Contra los actos de nombramiento se ha instituido desde antaño, una "acción especial de nulidad", o mejor, un "juicio especial": el proceso electoral. A la Sección Quinta le corresponde tramitar y decidir "todos los procesos electorales" de competencia del Consejo de Estado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5561. Resoluciones Ministeriales. Actor: Carlos Caballero Baena.

Corresponde a la Sala decidir acerca de la admisión de la demanda incoada por el ciudadano CARLOS CABALLERO BAENA, previas las siguientes consideraciones:

a) DE LA ACCION.- A través de la denominada "acción de nulidad" (art. 84 del C.C.A.), se busca la declaratoria de nulidad del art. 2° de la Resolución No. 7189 de 3 de junio de 1980, mediante el cual el ministro de educación nacional nombró a LILO JAVIER BUITRAGO AVILA en el cargo de profesor de tiempo completo, área de español y literatura en el Instituto Técnico Industrial "Simón Bolívar" del Guamo Tolima, con asignación básica mensual de acuerdo al grado que acredite en el escalafón nacional docente.

b) DE LA PRETENSION.- Es incuestionable, pues, que, por medio de esa acción se pretende la anulación de un acto administrativo de carácter individual, o más concretamente, de un típico acto-condición por cuanto ostenta la naturaleza de ser la expresión de voluntad unilateral de una autoridad administrativa de designar a una determinada persona para un cargo también determinado, pero afectado por una condición resolutoria implícita que se realiza por la voluntad del designado de aceptar o no la función que se le confiere. Es, por tanto, un clásico *acto de nombramiento*.

c) DE LA DOCTRINA DE LA CORPORACION SOBRE ACTOS DE NOMBRAMIENTO.- El Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, sentada en sentencia de 2 de abril de 1948 ("Anales", T. LVII, núms. 362-366, pág. 284) ha sostenido que las expresiones "elección" y "nombramiento" tienen jurídicamente el mismo significado; dijo entonces:

> "los términos elección y nombramiento tienen en derecho el mismo significado, pues elección es, según el Diccionario de la Academia Española, nombramiento de una persona, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc. y nombramiento es, conforme a la misma autoridad, 'acción y efecto de nombrar', que entre otros significados tiene el de elegir o señalar a uno para un cargo, empleo u otra cosa. El art. 4° de la Ley 12 de 1945 asimila las dos voces para someterlas a la misma sanción, sin duda porque, en concepto del legislador, son sinónimos, como lo indica claramente el inciso final del mismo artículo, que sólo cita los nombramientos para conocer un término que es común a los nombramientos".

Recientemente esa posición doctrinal del Consejo de Estado fue nuevamente prohijada en sentencia de 24 de marzo de 1988, dictada por la Antigua Sala Contencioso Electoral, en el proceso E-137 (Relatoría, Sentencias 261 a 291, marzo de 1988 -recopilación-).

d) DE LA ACCION DE NULIDAD.- El medio de control descrito en el art. 84 del C.C.A., tal como quedó en su texto al tenor del art. 14 del Decreto-Ley 2304 de 1989, y aun antes de su concepción actual (art. 66, Ley 167 de 1941; art. 1°, art. 84, del Decreto Ley 1a. de 1984), contempla la posibilidad de que

cualquier persona pueda solicitar la nulidad de los actos administrativos sin distinción alguna. Es, en esencia, la misma acción de *nulidad* o *ciudadana* que consagraba la Ley 130 de 1913 dirigida contra los actos *nacionales o locales,* a cuyo lado se hallaba la llamada *acción privada* dirigida contra actos violatorios de derechos civiles que podían ejercer únicamente los respectivos titulares; sin embargo, antes de la expedición del Código Contencioso en la Ley 167 de 1941, en 1938, el Consejo de Estado sostuvo que era posible ejercer ambas acciones, de manera conjunta, por el titular de la privada, cuando quiera que un derecho civil individual era perturbado por un precepto contenido en un acto abstracto, para que de ese modo se pretendiese la nulidad del acto quebrantador de una norma superior y, por el otro lado, la reparación del agravio o daño sufrido; a esa acción doble se le bautizó "acción mixta" que encontraba respaldo legal en la Ley 80 de 1935, art. 4°. Como esa "acción mixta" permitía que la competencia del juez contencioso-administrativo abarcase tanto el examen del acto en sí considerado como lo atinente a la indemnización de perjuicios, con el tiempo, sobre todo al expedirse el nuevo Código de la Ley 167 de 1941, se le designó, por vía doctrinal, "de plena jurisdicción" (arts. 67 y 68), que revestía dos modalidades: 1a.) que el *petitum* consistiese en la nulidad del acto y en el restablecimiento del derecho (art. 67) y 2a. que la pretensión se circunscribiese a demandar las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, cuando la causa del restablecimiento del derecho fuese un hecho o una operación administrativa (art. 63), que, con el Decreto Ley 528 de 1964 (art. 28) dio origen a las "acciones indemnizatorias" sujetas a rasgos particulares. Sea pertinente rematar este acápite con la aclaración consistente en que la "acción mixta", la "acción de plena jurisdicción" y las "acciones indemnizatorias" sólo podían ser incoadas por el respectivo interesado, y que tan "plena" era la competencia que adquiría el juez que, "para el solo efecto de restablecer el derecho particular violado", podía "estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, modificar o reformar éstas". (art. 69).

Pero a raíz de entrar en vigencia la tantas veces citada Ley 167 de 1941, fue tomando cuerpo la teoría según la cual la *acción de nulidad* (simple) sólo era posible intentarla contra actos creadores de situaciones jurídicas generales y la *de plena jurisdicción propiamente dicha* (art. 67), contra actos creadores de situaciones jurídicas particulares.

Esa posición estuvo vigente hasta el 10 de agosto de 1961, con la conocida sentencia de dicha fecha, cuyo consejero ponente fue el doctor Carlos Gustavo Arrieta Alandete, que acogió la "doctrina de los motivos y finalidades", según la cual procedencia de la acción de nulidad (simple) depende de "los motivos y finalidades del demandante y de los motivos y finalidades que normas asignan a la acción": si se demanda un acto de tipo particular y su nulidad acarrea el restablecimiento automático de un derecho, es de plena jurisdicción; si no lo produce, es de nulidad simple. En aquel caso, su titular al individuo interesado; en el otro, será "toda persona", aunque tome el cariz de "contencioso objetivo

impropio" en contraposición del "contencioso objetivo propio", o sea cuando se dirigiera el libelo contra un acto administrativo abstracto.

Esta es la posición actual del Consejo con el agregado de que, cuando se halle el juez administrativo frente a un acto particular habrá un litis consorcio necesario en la persona a quien pueda afectar la resulta del juicio. La sentencia de 29 de agosto de 1979 (Sección Primera, consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla) y el auto de 2 de agosto de 1990 (Sección Primera, consejero ponente: Dr. Pablo J. Cáceres Corrales) -aunque con ciertas variantes- sirven de ejemplo.

e) DE LA ACCION ELECTORAL.- Mas contra los actos de nombramiento se ha instituido desde antaño, una *acción especial de nulidad*, o, mejor, un "juicio especial": el proceso electoral. Decían los arts. 189 y ss. de la Ley 167 de 1941 que éste podía seguirse tanto contra elecciones populares como contra elecciones o *nombramientos* hechos por cualquier corporación pública, el gobierno o *cualquier autoridad o funcionario*. Y de semejante estirpe son los textos de los arts. 223 y ss. del actual Código (Decreto Ley 1a. de 1984) que, a pesar de su oscuridad terminológica y hasta gramatical, aparece en el numeral 3° del art. 233 (según la versión del art. 60 del Decreto Ley 2304) que los procesos electorales comprenden también los que se originan en demandas contra "nombramiento" o "elegido por junta, consejo o entidad colegiada...".

f) DE LAS SECCIONES SEGUNDA Y QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO.- Actualmente, la competencia de la Sección Segunda se circunscribe a asuntos laborales (procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales, de nulidad y restablecimiento de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo, recursos extraordinarios de revisión contra sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos laborales, etc.), conforme el apartado 2, del art. 1° del Acuerdo No. 39 de 14 de noviembre de 1990, mientras que a la Sección Quinta corresponde tramitar y decidir "todos los procesos electorales" de competencia del Consejo de Estado (art. 6° Ley 14 de 1988).

g) CONCLUSION.- Impónese entonces ordenar el envío del expediente a la Sección Quinta de la Corporación para lo de su resorte (art. 143, 4°, inciso, C.C.a.; art. 26, Decreto Ley 2304 de 1989).

En mérito de lo expuesto,

SE RESUELVE:

Remítase el expediente contentivo de la demanda y anexos incoada por el ciudadano Carlos Caballero Baena, de fecha 8 de febrero de 1991, a la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cancélese su radicación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Lecompte Luna.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD - Nominador

En los servicios seccionales de salud el Gobernador no es el funcionario nominador, sin que sea válido alegar la facultad que este funcionario tiene conforme al artículo 194 de la Constitución Nacional, precisamente porque tales servicios funcionan como consecuencia de contratos de integración suscritos con la Nación, por mandato de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 2666. RECURSO DE ANULACION. Actor: Enrique Arturo Agudelo Granda.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Departamento de Antioquia contra la sentencia proferida por el Tribuna Administrativo del mismo, de fecha 6 de febrero de 1987, por medio de la cual declaró nulo el acto administrativo que separó del servicio al demandante ENRIQUE ARTURO AGUDELO GRANDA, ordenó su reintrego y el pago de los haberes dejados de percibir.

La sentencia impugnada. Por vicio de incompetencia en la expedición del acto acusado, no planteado en la demanda, oficiosamente el Tribunal de instancia lo dio por demostrado, al considerar que el nominador de los funcionarios del Servicio Seccional de Salud de Antioquia es el Gobernador del Departamento aludido y no el Jefe de ese Servicio, por lo cual declaró la nulidad del acto acusado. Y como de otro lado no encontró demostrado que el demandante fuera un funcionario de hecho porque hubiera sido nombrado por el Jefe Seccional, ordenó su reintrego y el pago de los haberes dejados de percibir.

El recurso. En el capítulo que denominó "ALCANCE DE LA IMPUGNACION" solicita que se anule totalmente la sentencia impugnada y que se deniegue las pretensiones del libelo demandatorio.

Más adelante en dos cargos, plantea la parte recurrente que la competencia para nombrar y remover a los funcionarios departamentales está en cabeza del Gobernador, *de donde resulta que el acto acusado debe ser anulado,* pero que no puede haber restablecimiento del derecho porque al demandante lo nombró el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, mediante la resolución número 1137 del 28 de julio de 1978.

La vista fiscal. Aparte de otras consideraciones, el Ministerio Público "pone en evidencia que resulta exótico recurrir una sentencia que, precisamente, se fundamenta en el argumento que se aduce para impugnarla, a saber: la supuesta inconstitucionalidad del artículo 5°, literal J) del Decreto 350 de 1975. Pero, con un inadmisible "agregado": atacar un nombramiento -ya invulnerable por el transcurso del tiempo- que no fue cuestionado, ni podía serlo, en la sentencia recurrida".

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El numeral 3° del artículo 199 del C.C.A., exige expresar la incidencia de la violación de la norma en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, lo cual se traduce en la obligación de demostrar con argumentación lógica que la parte resolutiva es el producto del vicio que se denuncia o, en sentido contrario, que de no haberse incurrido en la violación denunciada la decisión habría sido otra, todo ello en orden a evitar discusiones sobre presuntas violaciones de normas que no fueron la causa de la decisión.

La ley, pues, supone que la parte recurrente al formular sus denuncias o cargos, por haber salido vencida con la decisión, argumentará de tal manera que mostrará puntos de vista contrarios a los tenidos en cuenta por la sentencia impugnada para llegar a conclusiones distintas y favorables a sus intereses, en razón de que es imposible lógicamente obtener resultados diferentes con premisas iguales.

Ocurre, sinembargo, que en el presente asunto, como bien lo observa el Ministerio Público, tanto el Tribunal de instancia como los cargos formulados, coinciden en que es el Gobernador del Departamento de Antioquia quien debe nombrar y remover a los funcionarios del Servicio Seccional de Salud respectivo y en que el acto acusado debe anularse. La diferencia, radica en que al paso que el Tribunal, para los efectos del restablecimiento del derecho, no encontró acreditado que al demandante

lo hubiera nombrado el Jefe del Servicio Seccional de Salud para reputarlo como un funcionario de hecho y negar el reintegro, como lo hizo en otros casos, la parte recurrente afirma que al demandante sí lo nombró dicho Jefe, según se dijo anteriormente.

Entonces, los cargos no son tales y en lo único que difieren sentencia y recurso, la Sala no puede verificar quien tiene la razón porque tendría que estudiar el material probatorio y ello no está permitido en este recurso extraordinario.

No obstante que el recurso ha de fracasar, a título de rectificación jurisprudencial, observa la Sala dos puntos:

1. Ni siquiera en las acciones de nulidad le es permitido al juez contencioso-administrativo fundar la invalidación de un acto en normas no invocadas en la demanda.

La ley quiere (art. 137 numeral 4° C.C.A.), por tratarse de acciones de impugnación, que el papel de afirmar la configuración de una causal de nulidad le corresponda al demandante y al juez simplemente verificarla y declararla. Cuando oficiosamente, sin que el demandante lo haya hecho, el juez la declara porque él sí la ha encontrado configurada, se confunde en este el doble papel de parte y juez.

2. Ha dicho reiteradamente esta Sala que en los Servicios Seccionales de Salud el Gobernador no es el funcionario nominador, sin que sea válido alegar la facultad que este funcionario tiene conforme al artículo 194 de la Constitución Política, precisamente porque tales servicios funcionan como consecuencia de contratos de integración suscritos con la Nación, por mandato de la ley, como acertadamente lo expuso el Magistrado que salvó su voto respecto de la sentencia impugnada.

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

FALLA :

NIEGASE la anulación de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de febrero de 1987 en el proceso promovido por Enrique Arturo Agudelo Granda.

Sin costas por haber sido recurrente el Departamento de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al mencionado Tribunal.

Aprobado en la Sala del día 27 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO/ ARBITRO/ RENUNCIA

No siendo el cargo de arbitro de forzosa aceptación y, por el contrario, pudiendo renunciarse en consecuencia, la renuncia es plenamente válida independientemente de las razones que la motiven o de las circunstancias que la acompañen. Carece de respaldo legal la afirmación de que la renuncia de un árbitro trae la consecuencia de suspenderse los términos. Respecto de las peticiones subsidiarias, conviene advertir que no corresponde a esta juridicción disponer el reemplazo de los árbitros dimitentes ni, mucho menos, ordenarles cómo deben fallar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No.1684. Reconstrucción - Unica Instancia. Actor: Banco Central Hipotecario.

En demanda que obra a folios 1 a 21, el Banco Central Hipotecario impetra la nulidad de la Resolución No. 00086 de 1981, "por la cual se convoca un Tribunal de Arbitramento obligatorio"; de la Resolución No. 00161 de 1981, "por la cual se desestima un recurso de reposición"; de la Resolución No. 00225 de 30 de enero de 1981, "por la cual se nombran dos árbitros de la empresa Banco Central Hipotecario y del Sindicato de Trabajadores de la misma para el tribunal de arbitramento obligatorio convocado mediante Resolución No. 00086 de enero 15 de 1981"; de la Resolución 00320 de 1981, "por la cual se nombró al tercer árbitro de este tribunal", y de la Resolución 00321 de 1981, "aclaratoria de la 00086 y de la 00225", todas ellas expedidas por la Ministra de Trabajo y Seguridad Social.

A título de restablecimiento del derecho, se pide decretar que el plazo que para fallar tenía el Tribunal de Arbitramento a que se refiere el primero de los actos acusados, no precluyó sino que se suspendió el día 13 de noviembre de 1980 por cuanto las renuncias de los árbitros inicialmente designados -doctores Francisco Yezid Triana y Miguel Gerardo Salazar- no fueron válidas pues debió el Tribunal por ellos integrado proceder a elaborar y dictar el laudo respectivo con arreglo al Acta del 12 de noviembre de 1980, sin perjuicio del derecho del doctor Triana de salvar su voto y de su deber de fundamentarlo; y que, en el caso de que se estimen válidas tales renuncias o de que por cualquier causa los árbitros no lleguen a firmar el laudo, se ordene la designación de sus respectivos reemplazos y que éstos fallen con arreglo al acta antes citada.

En los hechos que sirven de fundamento a la demanda se narra:

1. Mediante Resolución 3864 (sic) del 12 de agosto de 1980, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio en consideración a que el pliego de peticiones que la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario había presentado a este Banco no pudo ser resuelto dentro de las etapas de arreglo directo y de conciliación.

2. Por no haberse puesto de acuerdo el árbitro del Banco y el de la asociación en referencia, el tercer árbitro fue designado por el Ministerio de Trabajo, quedan-do integrado el Tribunal, en ese orden, por los doctores Augusto Cepeda, Francisco Yezid Triana y Miguel Gerardo Salazar.

3. El Tribunal así integrado se instaló el 23 de septiembre de 1980 y, tras varias prórrogas, en la sesión del 12 de noviembre de dicho año y ya en las postrimerías del último plazo para dictar el laudo respectivo, cada uno de los árbitros presentó sus propias soluciones para la decisión final. En el Acta de esa sesión destaca la parte demandante que sólo fué suscrita por los árbitros Salazar y Cepeda y por el secretario y que el árbitro Triana se abstuvo de firmarla haciendo expresa manifestación de salvar su voto total por estimar que las propuestas de los otros árbitros no eran "suficientes para alcanzar los niveles económicos del pliego".

4. El 13 de noviembre de 1980, a escasos días del vencimiento de la última prórroga, el doctor Yezid Triana presentó renuncia irrevocable de su cargo de árbitro. Seguidamente, ese mismo día, también renunció el doctor Miguel Gerardo Salazar, quien, como Presidente del Tribunal de Arbitramento, había recibido la presentada por el doctor Triana.

5. Con fecha 4 de diciembre de 1980, la Ministra de Trabajo de entonces, mediante oficios Nos. 1-0501 y 1-0502, dio respuesta a los dimitentes, haciéndoles saber que la renuncia era injustificada e instándolos a que cumplieran sus funciones.

6. El 10 de diciembre de 1980, el Banco demandante, en escrito No.100123, "manifestó a la señora Ministra su concepto de que el Tribunal había llegado a un acuerdo mayoritario obligatorio para la decisión del conflicto y que sólo faltaba que los árbitros concurrieran a dictar el fallo correspondiente, según la ley". (Fl.4)

7. No obstante el referido escrito del Banco, la Ministra dictó la Resolución No. 086 del, 15 de enero de 1981, acto acusado, convocando un nuevo tribunal de arbitramento.

8. Contra la anterior resolución, el Banco interpuso oportunamente recurso de reposición, el cual fue desestimado mediante Resolución No. 161 de 15 de enero de 1981.

9. El nuevo Tribunal de Arbitramento quedó integrado por los doctores Germán Escobar Ballestas, Augusto Reales y Augusto Cepeda, quien continuó como árbitro del Banco. (Fls. 2-4).

Bajo el título de DISPOSICIONES VIOLADAS se relacionan las siguientes:

Constitución Nacional: Artículos 55 y 76 (Inciso 1 y 2 y atribuciones la. y 2a.); Código Sustantivo del Trabajo: Arts. 453 -numeral 3-, 456 y 459; Código de Procedimiento Laboral: Artículos 133, 135 y 145, y Código de Procedimiento Civil: Artículos 667 -inciso final-.

El concepto de la violación se lee a folios 12 a 19.

El Ministerio Público conceptúa que se deben negar las súplicas de la demanda y puntualiza:

"El artículo 133 del Código de Procedimiento Laboral,en relación con el reemplazo de árbitros, señala que este se realiza de igual forma como se hizo la designación, y que si una de las partes se muestra renuente a reemplazar al árbitro, le corresponde hacerlo a los dos miembros restantes, previo requerimiento a la parte renuente con un término de tres días.

Luego de acuerdo con la norma mencionada, a falta de un árbitro éste puede ser reemplazado en la misma forma como fué designado, lo que significa, que si renunciaron dos de ellos, podían ser reemplazados, pero siempre y cuando el Tribunal estuviera en término para proferir el laudo, y por,ende, para actuar.

Los artículos 135 del Código de Procedimiento Laboral y 459 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan el término para fallar, que es de 10 días, contados desde la integración del tribunal. En el *sub-lite,* se tiene, como se anotó, que el tribunal de arbitramiento quedó integrado el 18 de septiembre de 1980, se instaló como tal, el día 23 del mismo mes y año (Fl.43), debiendo

fallar dentro de los 10 días, o sea hasta el 4 de octubre de 1980. Mediante oficio de fecha 29 de septiembre de ese año, se solicitó y fue concedida una ampliación del término en 20 días, o sea, que se prorrogó hasta el 23 de octubre, y el día 22 de octubre, nuevamente se solicitó ampliación, por 15 días más, la cual fue concedida. Contando el plazo a partir del vencimiento de los 20 días autorizados, es decir, desde el 28 de octubre, se tiene que el término para proferir el fallo arbitral, se vencía el día 17 de noviembre de 1980.

Las renuncias, se presentaron el día 13 de noviembre,lo que significa, que solamente faltaban 4 días, para hacer el respectivo reemplazo de los árbitros, para fallar en tiempo. Evento que no se llevó a cabo, perdiendo así el tribunal su razón de ser por dos motivos:

1. Porque de acuerdo con el artículo 456 del Código Sustantivo del Trabajo los tribunales de arbitramento, no pueden deliberar sin la asistencia plena de sus miembros, y dada la proximidad del vencimiento del término de sus funciones, era casi imposible conformarlo.

2. Porque aún en el evento que se hubiere conformado haciendo el reemplazo de los que renunciaron, si no se produce el fallo dentro del término legal, teniendo en cuenta que hubo prórrogas, éste sería inválido, como lo expresó la H. Corte Suprema de Justicia, por incompetencia de jurisdicción, al cesar la misión arbitral. (Homologación. 21 de febrero de 1957. G.J.LXXXIV - 176).

Por lo tanto los actos acusados en opinión de este Despacho, se ajustan a derecho. En estas condiciones, considera la Fiscalía que las Resoluciones impugnadas se deben mantener, por cuanto no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que las amparaba". (Fls. 105-107)

Destruido el expediente en el Palacio de Justicia, fue reconstruido con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 3825 de 1985, y, no encontrándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

A efectos de precisar si estas pretensiones guardan congruencia con la invalidación de los actos enjuiciados, conviene determinar el contenido y alcance de estos últimos.

1. Por Resolución No. 00086 de enero 15 de 1981, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resuelve "convocar, de oficio un tribunal de arbitramento obligatorio... para que estudie y decida el diferendo laboral colectivo existente entre la Empresa BANCO CENTRAL HIPOTECARIO y el Sindicato de Trabajadores del Banco Central Hipotecario con personería jurídica Número 01597 de noviembre 4 de 1958..."

En los considerandos se relata que por Resolución No. 03964 de agosto 12 de 1980 se había convocado un tribunal de arbitramento entre las mencionadas partes, el cual se integró con los árbitros Francisco Yezid Triana por los trabajadores, Augusto Cepeda por la empresa y Miguel Gerardo Salazar por parte del Gobierno Nacional; que, transcurrido el término para fallar y estando ya suscrita el acta final de deliberaciones el 12 de noviembre de 1980, dos de los árbitros presentaron renuncia sin que se llegara a redactar el Laudo.

Considerando, además, que carecen de valor las renuncias de los árbitros del Sindicato y del Gobierno "puesto que la única función que les restaba por cumplir era la de redactar el fallo de conformidad con el acuerdo consignado en el acta", pero,"teniendo en cuenta que feneció el término prescrito por la ley para dictar la pertinente decisión de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 135 del Código de Procedimiento Laboral y que en efecto tal decisión no alcanzó a ser proferida sino proyectada y que los mencionados árbitros insisten en su renuncia, este despacho considera que se hace necesario proceder a convocar un nuevo tribunal de arbitramiento..."

2. Por Resolución No. 00161 de enero 27 de 1981 se desestima el recurso de reposición interpuesto por el doctor Mario Calderón Rivera en su calidad de Gerente del Banco Central Hipotecario, contra la Resolución No. 00086 de enero 15 de 1981, por improcedente. Considera la administración, entre otras cosas, que "al igual que en el caso de la declaratoria de ilegalidad de un paro la decisión gubernamental debe ser acatada de inmediato so pena, en caso contrario, de perder su real eficacia."

3. Por Resolución No. 00225 de enero 30 de 1981 el Ministerio del Trabajo nombra nuevos árbitros, a saber, el doctor Augusto Cepeda R. por la empresa y el doctor Augusto Reales por el Sindicato.

4. Por Resolución No. 00320 de febrero 10 de 1981 el Ministerio del Trabajo nombra árbitro tercero al doctor Germán Escobar Ballestas, conforme a decisión adoptada por los dos primeros.

5. Por Resolución No. 00321 de febrero 10 de 1981 se aclaran las Resoluciones 00086 y 00225 en el sentido de que la mención que en ellas se hace del Sindicato se debe entender de la Asociación de Trabajadores del Banco Central Hipotecario. (Fls. 23-38).

Es fácil advertir que, aparte del primero, los actos enjuiciados netamente se configuran como simples actuaciones de trámite, tendientes al fin común y único de definir un conflicto laboral por la vía del arbitramento.

Si a lo anterior se agrega el que las pretensiones aparecen formuladas en forma contradictoria, obvio es que no pueden prevalecer.

Son pretensiones de la demanda, consiguientes a la pretendida invalidación de los actos enjuiciados, *decretar:*

"-Que el término que el tribunal instalado el 23 de septiembre de 1980 tenía para fallar el conflicto laboral mencionado en la expresada resolución 86, nó precluyó sino se suspendió el día 13 de noviembre de 1980, como consecuencia de la renuncia y retiro de hecho del árbitro doctor FRANCISCO YEZID TRIANA.

-Que no era ni es del caso conformar un nuevo tribunal ni que éste iniciara labores haciendo caso omiso de todo lo actuado hasta la fecha de la renuncia del doctor Triana; que ésta y la posterior del doctor Miguel Gerardo Salazar no fueron válidas y que los árbitros designados inicialmente están obligados a elaborar y dictar el laudo, con arreglo al acta de 12 de noviembre de 1980, sin perjuicio del derecho del doctor Francisco Yezid Triana a salvar su voto y de su deber de fundamentarlo.

-...Que si el honorable Consejo llegare a considerar válidas las renuncias de los árbitros o si éstos, por cualquier motivo, no firmaren, se ordene la designación de sus dos respectivos reemplazos, mediante el procedimiento señalado en el artículo 453 del C.S.T., y ordene a éstos fallar con arreglo al acta del 12 de noviembre de 1980, antes citada." (Fls. 1 - 2).

Se advierten en este enunciado dos pretensiones principales y dos subsidiarias.

Son principales:

i. Declarar que el término para fallar no precluyó sino que se suspendió por la renuncia de uno de los árbitros.

ii. Declarar sin valor la renuncia de los árbitros, con dos consecuencias:

a) No era el caso de conformar un nuevo tribunal;

b) Los árbitros iniciales deben dictar el laudo con arreglo al acta de 12 de noviembre de 1980.

Son pretensiones subsidiarias:

i.- Ordenar el reemplazo de los árbitros renunciantes;

ii.- Ordenar a los nuevos árbitros fallar conforme al acta de noviembre 12 de 1980.

Fácil es advertir *prima facie* una contradicción en la proposición principal pues, si se declara sin valor la renuncia, los términos para fallar no pueden tenerse como suspendidos en razón de la renuncia. A la inversa, si se declaran suspendidos

los términos por virtud de la renuncia, ésta no puede infirmarse: la razón de la suspensión de términos se hace consistir justamente en la validez de la renuncia.

Ahora bien, dado que las citadas pretensiones se formulan con la categoría de principales y, como se ha visto, se excluyen mutuamente, ninguna de ellas tiene vocación de prosperidad, invalidado el fundamento que la otra ofrece.

Vistas las cosas desde otro ángulo, es claro que, frente a norma expresa del Código de Procedimiento Laboral sobre reemplazo de árbitros (art. 133), queda sin piso el argumento de que la renuncia sea improcedente.

No siendo el cargo de árbitro de forzosa aceptación y, por el contrario, pudiendo renunciarse en consecuencia, la renuncia es plenamente válida independientemente de las razones que la motiven o de las circunstancias que la acompañen. De otra parte, carece de respaldo legal la afirmación de que la renuncia de un árbitro trae la consecuencia de suspenderse los términos.

Respecto de las peticiones subsidiarias, conviene advertir que no corresponde a esta jurisdicción disponer el reemplazo de los árbitros dimitentes ni, mucho menos, ordenarles cómo deben fallar. Debe recordarse que la ley señala el procedimiento de sustitución en el artículo 133 del C.P.L. para el caso de "falta o impedimento de alguno de los árbitros" y que éstos son jueces autónomos en la adopción de sus decisiones.

Es bien sabido, por otra parte, que el laudo-arbitral en casos de tribunales especiales es susceptible de recurso de homologación ante la Corte, la cual tiene facultad de verificar "la regularidad del laudo", lo que significa que lo ha de examinar en todos sus aspectos, incluyendo el trámite previo.

Estas consideraciones se refieren obviamente a la alegada nulidad de la Resolución 00086 de 1981 por la que se convocó el Tribunal de arbitramento, pues los restantes actos enjuciados no son tales que pongan término a una situación administrativa sino de simple trámite.

En otro aspecto de la controversia, se hace notorio que la pretensión anulatoria no guarda relación de consecuencia con los efectos que se buscan, como es fácil advertirlo, ya que, de ser anulada la resolución 00086, no emergería como corolario ninguna de las declaraciones a que la parte actora aspira a título de restablecimiento del derecho.

No se escapa a una simple y elemental concepción de las circunstancias que lo pretendido por la parte demandante es dejar sin piso el laudo eventualmente proferido por el segundo tribunal de arbitramento y a ello tiende el cuestionamiento de sus presupuestos a partir de la propia convocatoria.

Es el caso, por lo tanto, de negar la pretendida anulación de la Resolución 00086 de 1981 y proferir fallo inhibitorio respecto de las otras.

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. Niéganse las pretensiones de la demanda en relación con la Resolución No. 00086 de enero 15 de 1981, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2. Declárase la inhibición para un pronunciamiento de mérito respecto de los demás actos enjuiciados.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 27 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynando Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CLUB MILITAR - Socio/ **PROCESO DISCIPLINARIO/ DERECHO DE DEFENSA**

Para que una sanción se imponga válidamente a un socio del Club Militar de Oficiales, no obstante que sus estatutos no estipulan el adelantamiento previo de un procedimiento, es menester que se dé oportunidad al inculpado de ser oído para que pueda ejercitar su derecho a la defensa, consagrado en el artículo 26 de la C.N. y en los estatutos que regulan las actuaciones administrativas tanto especiales, o sea aquéllos para los cuales se fija un trámite específico, como los generales, es decir, los que no están sometidos a un procedimiento determinado, como sucede en el caso *sub-judice*, toda vez que según el artículo 5° de la Ley 58 de 1982, a falta de un procedimiento especial las actuaciones administrativas de cualquier orden (Nacional, Departamental, Municipal), deben cumplirse observando los principios de audiencia de las partes, recepción de pruebas y motivación de las decisiones, las cuales propenden y desarrollan a la vez, el principio universal del debido proceso y del derecho de defensa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1982. Autoridades Nacionales. Actor: Aquilino Barón Caro.

El Doctor Aquilino Barón Caro, de profesión abogado, obrando en su propio nombre mediante demanda presentada el 23 de mayo de 1986 (fls. 61 a 72), ejerce la acción hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada

en el art. 85 del C.C.A., con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Actas Nrs. 264 de 27 de noviembre de 1985 y 267 de 26 de febrero de 1986, proferidos por la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales por medio de los cuales se le separó como socio efectivo de ese Club.

A título de restablecimiento del derecho lesionado pide se condene al Club Militar de Oficiales a reintegrarlo como socio efectivo, expidiéndole la respectiva credencial.

Los hechos de la demanda son en resumen, los siguientes:

- El actor, ingresó como socio activo del Club Militar de Oficiales a partir del 20 de julio de 1957, fecha en que fue ascendido a Oficial del Ejército, y fue admitido como socio efectivo del mismo el 13 de abril de 1971, luego de su retiro del servicio activo del Ejército.

- La Junta Directiva del mencionado Club, mediante acta No. 264 del 27 de novienbre de 1985, le separó, en forma absoluta, como socio efectivo del mismo, en virtud de que el accionante, "en la ciudad de Florencia, hace gala de un profundo desapego de la Institución ante el personal civil de la localidad; adelanta una campaña de difamación contra las Fuerzas Armadas, en la cual ha cuestionado en forma innoble su actuación en la pacificación del país y muestra una marcada proclividad hacia elementos subversivos. Por lo anterior, la Junta Directiva decide por unanimidad la Separación Absoluta del Club Militar del citado socio Efectivo de conformidad con el Artículo 16 del Estatuto de Socios". (fl.16).

- La decisión mencionada fue confirmada por la Junta Directiva del Club, mediante Acta No. 267 de 1986.

- Ante los requerimientos del demandante, el secretario de la Junta manifestó que el Comandante del Ejército no presentó informe escrito que constituyera ponencia para su separación como socio efectivo del Club Militar, sino información verbal.

Como disposiciones infringidas cita las siguientes: Artículos 16, 20, 23, 26, 30 y 168 de la Constitución Política y el artículo 5° y concordantes de la Ley 58 de 1982.

En la demanda estima que tales disposiciones fueron violadas, por cuanto con los actos impugnados, en lugar de protegérsele su honra se le está calumniando con las falsas imputaciones que, sin sustentar, le hace el Comandante del Ejército; porque la Junta Directiva del Club Militar extralimitó sus funciones al expedir tales actos, pues tomó una decisión con base en unos supuestos hechos sin controvertirlos y valorarlos mediante pruebas, omitiendo, el debido procedimiento administrativo, no siendo, además, de su competencia juzgar la conducta del accionante, con lo cual se quebrantó el principio del debido proceso consagrado

en el Art.26 de la Constitución Nacional y las normas citadas de la Ley 58 de 1982.

Expresa también que las referidas falsas imputaciones y con la lesión jurídica causada, tanto el actor como a su familia han sido molestados injustamente.

La solicitud de suspensión provisional de los actos enjuiciados, fue negada por auto de 6 de agosto de 1986 (fls. 73 a 75), por cuanto de la sencilla comparación entre ellos y las normas invocadas en el escrito respectivo, no se percibía la manifiesta violación de éstas.

El actor reitera sus afirmaciones y hace énfasis en la ilegalidad de los actos demandados en el escrito obrante a folios 131 a 137.

Por su parte la Fiscalia Quinta de la Corporación, solicita se acceda a las súplicas de la demanda, tras expresar:

> "A juicio de esta Fiscalía, no se observaron las normas legales que informan todo proceso, pues al actor se le aplicó la sanción más grave, prevista en el art. 15, del Estatuto de Socios del Club Militar, sin que se le hubiera dado la oportunidad de defenderse de los hechos que se le imputaban.
>
> Es fundamental el respeto al derecho de defensa, dando al inculpado la posibilidad de conocer los cargos que pesan contra él, y los documentos y pruebas que lo respaldan antes de que rinda sus descargos, a fin de poder pedir pruebas y dar las explicaciones pertinentes.
>
> Se observa, que aunque en el Estatuto de Socios del Club Militar no se prevé un procedimiento para la aplicación de las sanciones contempladas en el art. 15 es claro que se hacen aplicables reglas generales que garanticen el debido proceso, tal como lo ordena el art. 5° de la Ley 58 de 1982.
>
> En el caso de Autos la actuación de la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales resulta casi arbitraria al excluir por sí y ante sí al Mayor retirado Aquilino Barón Caro como Socio Efectivo, sin siquiera intentar oir sus explicaciones sobre la conducta que se le imputaba.
>
> Ahora bien, según los elementos de juicio que obran en el proceso se deduce que la razón que determinó la decisión de la Junta Directiva fue el ejercicio profesional del demandante. No es lógico que las actividades de carácter laboral de los socios puedan determinar su separación absoluta del Club Militar de Oficiales". (fls. 141 a 142).

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El accionante en el libelo plantea básicamente, los siguientes aspectos orientados a atacar el acto administrativo que contiene su retiro absoluto del Club Militar de Oficiales:

1. Que de acuerdo con los estatutos de esa organización social su Junta Directiva no está facultada para juzgar sus actos particulares ocurridos fuera de sus instalaciones.

2. Que si la aludida Junta tenía certeza de las acusaciones en su contra, cuyos hechos constitutivos, conforme a lo consignado en el Acta 264 de 1985, ocurrieron en la ciudad de Florencia, la decisión demandanda debió tomarse previo adelantamiento del procedimiento legal en donde se le permitiera ejercer el derecho de defensa, oyéndole en descargos, sometiendo el proceso a pruebas para controvertir las imputaciones que se le hicieron, pero ésto no sucedió.

3- Que la Junta Directiva del Club no podía tomar la determinación impugnada de plano con base en el art. 16 del Decreto 608 de 1984, porque el art. 9° de ese estatuto contempla la discrecionalidad únicamente para la admisión de socios y en ningún caso para la separación de los mismos, por cuanto con ello se afectan intereses jurídicos subjetivos. Por tanto, debe entenderse que dichos actos están sometidos a un procedimiento, pues la separación absoluta de los socios del Club, en general, se instituyó como una sanción disciplinaria aplicable únicamente en los casos y por las causas expresamente señaladas en dicho artículo.

De modo que, conforme a las reglas de hermenéutica jurídica, lo normado en el art. 16 sobre potestad de la Junta Directiva del Club para excluir de éste a los socios del mismo, debe entenderse en armonia con lo dispuesto en todo el Decreto 608 de 1984, especialmente en el art. 15, porque de otra suerte la exclusión de aquellos que, como se dijo, está consagrada sólo como sanción disciplinaria, se convertiría en una función que el órgano citado ejerceria a su arbitrio y voluntad, con lo cual se estarian afectando derechos de personas que los han obtenido conforme a la ley, quebrantándose así el principio general de los derechos adquiridos, estatuído en la Constitución Nacional y desarrollado por la legislación positiva.

Dilucidado lo anterior, la Corporación encuentra que, de confomidad con el artículo 15 del Decreto 608 de 1984, por el cual se aprobaron los estatutos del Club Militar de Oficiales, adoptado por el Acuerdo No. 025 de 1983:

> "Los socios que no cumplan con las normas o disposiciones del Club y aquellos cuya conducta o la de sus invitados no se avenga con los principios de caballerosidad y corrección, o quienes se comporten en forma incompatible con el honor y el prestigio de las Fuerzas Armadas o de la Entidad, se harán acreedores a una de las siguientes sanciones que serán impuestas por la Junta Directiva:

a) Amonestación escrita;

b) Suspensión hasta por un (1) año; y

c) Separación absoluta..."

A juicio de la Sala, para que una sanción se imponga válidamente a un socio del Club Militar de Oficiales, no obstante. que sus estatutos no estipulan el adelantamiento previo de un procedimiento, es menester que se dé oportunidad al inculpado de ser oido para que pueda ejercitar su derecho a la defensa, consagrado en el art. 26 de la Constitución Política y en los estatutos que regulan las actuaciones administrativas tanto especiales, o sea aquellos para los cuales se fija un trámite específico, como los generales, es decir, los que no están sometidos a un procedimiento determinado, como sucede en el caso *sub-judice*, toda vez que, según voces del art. 5° de la Ley 58 de 1982, a falta de un procedimiento especial, las actuaciones administrativas de cualquier orden (Nacional, Departamental, Municipal), deben cumplirse observando los principios de audiencia de las partes, recepción de pruebas y motivación de las decisiones, las cuales propenden y desarrollan a la vez, el principio universal del debido proceso y del derecho de defensa.

Ocurre sinembargo en el *sub-lite*, que al actor se le impuso la máxima sanción, sin prueba de que fuera oido y sin la oportunidad para defenderse de las faltas que originaron su exclusión como socio efectivo del Club Militar de Oficiales.

En efecto, según lo expresado por el Secretario de la Junta Directiva, no existió siquiera informe escrito que tuviera el carácter de fundamento a la decisión de separar al actor del Club, sino que la información fue dada verbalmente (fls. 110 a 111 y 118).

De otra parte, resulta acertado colegir de los escritos obrantes a folios 110, 111 y 114 que existe un documento, conocido por los entonces comandantes del Ejército y Director del Club Militar, pero cuyo suscriptor se ignora, que debía contener acusaciones en contra del accionante, porque al solicitar éste al Director del Club la expedición de una copia de ese documento, se le informó que fue devuelto al Comando del Ejército, por ser éste su destinatario y por ello no puede entregársele dicha copia. En esas oportunidades aunque, como se dijo, no se indicó quien era el firmante de ese documento, ni su fecha, sí se aceptó que en él se hacían imputaciones al actor, respecto de las cuales, él solicitaba asumir su defensa.

De lo anterior se desprende lo siguiente:

1. Existieron acusaciones contra el demandante que el Director del Club Militar de Oficiales, conoció, pero no investigó.

2. Que al actor se le atribuyeron hechos, que se tomaron como fundamento de su separación absoluta del Club, sin dársele al inculpado la oportunidad de hacer valer su derecho a la defensa.

3. Por consiguiente, el acto impugnado transgredió la garantía supralegal que consagra el art. 26 de la Constitución Nacional y por violación de este principio constitucional, es procedente declarar la nulidad y el restablecimiento del derecho, como lo solicitó el Ministerio Público en su concepto de fondo.

Por idénticas razones a las expuestas en este proveído, el Consejo de Estado en sentencia de 17 de marzo de 1989, actor Jesús Ricardo Fula Torres, Consejero ponente Dr. Reynaldo Arciniegas B., Expediente No. 1516, accedió a la pretensión de nulidad del acto por el cual se despojó al citado señor Fula Torres del carácter de socio efectivo del Club Militar de Oficiales.

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. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en las actas Nos. 264 del 27 de noviembre de 1985 y 267 del 26 de febrero de 1986, de la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales.

2. Para efectos del restablecimiento del derecho el Club Militar de Oficiales deberá readmitir al demandante Aquilino Barón Caro, como socio efectivo de dicha institución, con las obligaciones y derechos inherentes a tal calidad.

3. El Club Militar expedirá la correspondiente credencial al actor Aquilino Barón Caro y dará cumplimiento a esta providencia dentro del término previsto en el art. 176 del C.C.A.

Cópiese, Notifíquese y Archívese el expediente.

La presente providencia fué estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynando Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Pedro Charria Angulo, Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna,* Salvo voto; *Diego Younes Moreno.*

CLUB MILITAR - Socio/ **ACTO DISCRECIONAL/ PROCESO DISCIPLINARIO** - Inexistencia (Salvamento de voto)

Los estatutos del Club Militar no consagran ningún procedimiento a seguir por la Junta Directiva como requisito previo para la imposición de la sanción, porque no se trata del ejercicio de un poder disciplinario sino de una facultad que las normas han dado a dicha junta para que amonesten, suspendan o separen a los socios que no se "avengan a los principios de caballerosidad y corrección de ellos mismos o de sus invitados, o quienes se comporten en forma incompatible con el honor y el prestigio de las Fuerzas Armadas o del Club", criterios que por su naturaleza son eminentemente subjetivos, valorativos, de cortesía que no pueden ser sometidos a cartabones meramente jurídicos. De allí que se trate de una facultad discrecional que las normas han colocado en manos de la Junta Directiva del Club, naturalmente que dentro de los límites que la discrecionalidad bien entendida ostenta.

SALVEDAD DE VOTO
DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA

EN LA SENTENCIA DE FECHA QUINCE (15) DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991), ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESION DEL DIA VEINTISIETE (27) DE FEBRERO DEL MISMO AÑO.

Referencia: Expediente No. 1982. Autoridades Nacionales. Actor: Aquilino Barón Caro.

Fue el suscrito el ponente redactor del proyecto de fallo que no acogió la Sala, como consta en auto calendado a nueve (9) de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Hoy, en resumen, expresa y reitera sus puntos de vista

para concluir que las peticiones de la demanda no han debido ser despachadas en forma favorable, así:

1o. El Club Militar, antiguamente llamado Club Militar de Oficiales y antes Club Militar de las Fuerzas Armadas según la Ley 124 de 1948, es una institución autónoma con personería jurídica y patrimonio propio e independiente cuyo objeto es el cumplimiento de funciones de carácter social, cultural y deportivo que tienden a estrechar los vínculos de unión de los miembros de la Fuerza Pública.

2o. Según el art. 16 de los estatutos vigentes al tenor del Decreto 0608 de 1984 expedido por el gobierno nacional y "por el cual se aprueba un Acuerdo de la Junta Directiva del Club Militar, con modificaciones", es facultad de la Junta Directiva imponer a "los socios que no cumplan con las normas o disposiciones del Club y aquellos cuya conducta o la de sus invitados no se avenga con los principios de caballerosidad y corrección, o quienes se comporten en forma incompatible con el honor y el prestigio de las Fuerzas Armadas o de la Entidad", alguna de las siguientes sanciones: a) Amonestación escrita; b) suspensión temporal hasta por un (1) año y c) Separación absoluta.

3o. Como reconoce la providencia acogida por la distinguida mayoría de la Sala, los estatutos del Club Militar no consagran ningún procedimiento a seguir por la Junta Directiva como requisito previo para la imposición de la sanción, porque no se trata del ejercicio de un poder disciplinario sino de una facultad que las normas han dado a dicha junta para, verdad sabida y buena fe guardada, amonesten, suspendan o separen a los socios que "no se avengan a los principios de caballerosidad y corrección de ellos mismos o de *sus invitados,* o quienes se comporten en forma incompatible con el honor y el prestigio de las Fuerzas Armadas "o del Club", criterios que por su naturaleza son eminentemente subjetivos, valorativos, de cortesía que no pueden ser sometidos a cartabones meramente jurídicos. De allí que se trate de una facultad discrecional que las normas han colocado en manos de la Junta Directiva del Club, naturalmente que dentro de los límites que la discrecionalidad bien entendida ostenta.

4o. Como acto administrativo que es la determinación de la Junta Directiva con referencia al actor, ostenta presunción de legalidad, y de allí que fuera el demandante a quien hubiera correspondido desvirtuar mediante pruebas la afirmación que hiciera el "señor Comandante del Ejército" para solicitar el retiro del mayor Barón Caro, lo que ciertamente no ha ocurrido.

Por lo anterior, muy respetuosamente no comparte el suscrito los criterios emitidos en el fallo del cual se disiente.

Cordialmente.

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: *ut supra.*

PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento/ **INTERES CORRIENTE** - Improcedencia

El accionante tiene derecho a que el municipio le reconozca la pensión de jubilación, porque siendo ésta, la última entidad oficial donde el actor prestó sus servicios, conforme a la ley, le corresponde efectuar tal reconocimiento, sin perjuicio del derecho que le asiste para repetir contra las Cajas de Previsión Social de los demás organismos públicos en los cuales haya prestado sus servicios, o en su defecto, contra éstos directamente, a prorrata del lapso que aquél hubiera aportado o laborado a tales entidades. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo, el restablecimiento del derecho pleno se obtiene con el pago de los haberes dejados de percibir.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá,D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5087. Asuntos Municipales. Actor: Manuel Antonio Villota.

En grado de consulta respecto de la sentencia calendada a 24 de abril de 1990, ha llegado a la Sala el proceso que tuvo origen en la demanda incoada por el señor Miguel Antonio Villota, por conducto de apoderado, contra el Municipio de Tangua (Nariño), en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, art. 15, Decreto Ley 2304 de 1989), a fin de que se declare el fenómeno del silencio administrativo respecto a las solicitudes hechas en tal sentido en la vía gubernativa, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación que le corresponde y a que tiene derecho.

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia arriba mencionada, accedió a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES FACTICOS

Según se lee en el libelo, el hoy actor, durante un tiempo superior a los veinte años, desempeñó varios cargos públicos, como escribiente y secretario en el Municipio de Tangua, Tuminango y Consacá, y secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto. Y entre el mes de enero y el I5 de julio de 1984, prestó nuevamente sus servicios como secretario de la Alcaldía de Tangua, siendo éste el último empleo desempeñado en una entidad de Derecho Público.

El señor Villota nació el 29 de noviembre de 1914 (fl.16), por lo cual es claro que para la época de la elevación de su petición a la autoridad administrátiva de Tangua -el 29 de octubre de 1987-, había cumplido 72 años de edad.

Como no obtuviera respuesta a su petición, formuló nueva solicitud el 22 de junio de 1988, por lo que aparece claro que agotó la vía gubernativa ante el silencio de la administración, en los términos de ley.

II. EL FALLO OBJETO DE LA CONSULTA.

Partiendo de esta base eminentemente fáctica, el Tribunal *a-quo* dice:

"Como el salario mensual que acredita el demandante por el último año de servicios no corresponde al salario legal vigente en el año de 1984 que fué el de retiro, no se tendrá en cuenta. La pensión se aplicará teniendo en cuenta el salario legal menos el 25% del mismo por cada uno de los tres últimos años contados desde la fecha de la presentación de la demanda hacia atrás, o sea desde el 27 de Marzo de 1987

El salario mínimo legal por el año de 1987 fué de $20.510,oo, el 75% corresponde a $15.382.50.

El salario mínimo legal por el año de 1988 fué de $25.657.00, el 75% corresponde a $19.227.75

El salario mínimo legal por el año de 1989 fué de $32.559.00, el 75% corresponde a $24.419.25, y

El salario mínimo legal por el año de 1990 es de $41.025.50, el 75% corresponde a $30.769.12.

El Municipio de Tangua podrá repetir en la proporción que corresponde la cuota de pago de la pensión de jubilación a las demás entidades a las cuales el Señor Miguel Antonio Villota también prestó sus servicios.

Como el Municipio de Tangua no tiene Caja de Previsión Social, asumirá el pago directamente.La Alcaldía tomará las medidas necesarias para que el Presupuesto de Gastos del Municipio se incluya la partida correpondiente para el pago de las mesadas atrasadas y las que han de causarse en adelante en cada vigencia, en el Rubro de Prestaciones Económicas del Presupuesto.

Sobre las mesadas causadas y no reconocidas ni pagadas el Municipio deberá reconocer tanto los intereses corrientes como el valor de la corrección monetaria, es decir sobre los valores de los tres años hacia atrás a la fecha del 27 de Marzo de 1987".

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Rendido en su oportunidad por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación, dice a la letra:

...

"En primer lugar, respecto de la vía gubernativa, en opinión de este Despacho se encuentra debidamente agotada por cuanto habiendo el actor formulado a la Administración (Alcaldía del Municipio de Tangua) una petición (octubre 29 de 1987,folio 37 del cuad. ppal.) en el sentido de que le fuera reconocida, liquidada y pagada su pensión de jubilación y no haber obtenido respuesta, se entendía negada dicha petición como aquí ocurrió, con el transcurso de 4 meses; término a partir del cual quedaba en firme la decisión por no proceder contra ella más recurso que el de reposición, en el cual era obligatorio, ante el mismo funcionario (Alcalde) quien en el Municipio es la máxima autoridad. (sic).

A pesar de lo anterior, el actor, ante el silencio de la administración, el 22 de junio del siguiente año se dirige nuevamente al Alcalde Municipal reiterando (sic) su solicitud de pensión de jubilación y poniéndole de presente su primera petición y la omisión del mismo Despacho en resolverla.

Para la Fiscalía, el segundo escrito del actor, quien actuó directamente en su calidad de ciudadano y de interesado, sin ser abogado, puede ser tomado como recurso de reposición contra la negativa del silencio operado, aunque en él se consignen expresamente dichos términos, en razón de que como ya se dijo, el actor no es abogado y la Ley no exige dicha calidad respecto del agotamiento de la vía administrativa o gubernativa.

Ahora sí, procedemos a estudiar la sentencia materia de consulta.

Examinadas las documentales allegadas al proceso se encuentran plenamente probados por el demandante los supuestos de hecho que lo hacen acreedor

del derecho cuyo reconocimiento impetra, pensión de jubilación, cuales son: edad y tiempo de servicio.

El accionante al momento de elevar su petición a la Administración contaba con setenta y dos (72) años y once (11) meses de edad y acreditó un tiempo de servicio de de (sic) veinticuatro (24) años, cuatro (4) meses y cuatro (4) dias. Como se ve, sobrepasaba ampliamente los cincuenta y cinco (55) años de edad y los veinte (20) años de servicio.

Verificados los anteriores supuestos de hecho, sin necesidad de abundar en consideraciones adicionales concluye esta Agencia Fiscal, que el derecho en cuestión debe ser reconocido,motivo por el cual en nuestro concepto la sentencia consultada amerita confirmación y en consecuencia así se solicita".

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como ha podido observarse en el *sub-lite*, el Tribunal y la Fiscalía Cuarta de la Corporación, coinciden en sus planteamientos por un pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demanda, con fundamento, en el agotamiento de la vía gubernativa frente a la petición elevada por el actor al Municipio de Tangua, en el mes de octubre de 1987 y, en que al señor Villota le asiste el derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación que reclama.

La Sala comparte plenamente estos criterios, por cuanto encuentra que la solicitud de reconocimiento de la aludida prestación social, formulada por el accionante a dicho municipio, en el mes de junio de 1987, debe considerarse como el recurso de reposición interpuesto contra el acto presunto negativo, con el cual esa entidad territorial resolvió la petición que en igual sentido presentó al Municipio de Tangua en octubre de 1987 y, por tanto, la vía gubernativa cuyo agotamiento echa de menos el apoderado de la entidad demandada, razón por la que reclama se dicte fallo inhibitorio, en sentir de la Sala, se consumó plenamente. Por tanto, el señor Villota podía ocurrir válidamente, a la jurisdicción contencioso administrativa a reclamar la pensión de jubilación, como lo hizo.

De otra parte, se anota que los presupuestos fácticos exigidos por la ley para el reconocimiento a los empleados públicos de la pensión de jubilación, se hallan demostrados en el proceso, puesto que se acreditó que el accionante es mayor de 55 años (fl. 16) y que prestó sus servicios al sector público por un lapso superior a los 20 años (fls. 5 a 18 del cdno. 1).

No hay duda, pués, de que el accionante tiene derecho a que el Municipio de Tangua le reconozca la prestación social mencionada, porque siendo éste, la última entidad oficial donde el actor prestó sus servicios, conforme a la ley, le

corresponde efectuar tal reconocimiento, sin perjuicio del derecho que le asiste para repetir contra las Cajas de Previsión Social de los demás organismos públicos en los cuales haya prestado sus servicios el demandante, o en su defecto, contra éstos directamente, a prorrata del lapso que aquél hubiera aportado o laborado a tales entidades.

Sin embargo, la Sala considera desacertado lo expuesto por el Tribunal acerca de la fecha desde la cual debe reconocerse al accionante la pensión de jubilación, así como lo dicho sobre la forma que, en su sentir, debe efectuarse la liquidación de la susodicha prestación social, por cuanto, según la normatividad jurídica que regula la prescripción de los derechos laborales, el simple reclamo escrito del empleado ante la autoridad competente, la interrumpe, por lo que habiendo formulado el actor el reconocimiento de esa prestación el 29 de octubre de 1987, el término en cuestión de tres años y que había comenzado a correr el 15 de junio de 1984, fecha del retiro, se interrumpió. Y en cuanto a lo decidido por el fallador de instancia de que el valor de la pensión a reconocerse al accionante debe ser igual al 75% del valor del salario mínimo legal vigente a partir de 1987, ha de decirse que el monto de esa prestación, de conformidad con el ordenamiento jurídico, debe ser igual al valor total del salario mínimo legal vigente para cada año y no al 75% de ese salario.

Pero como el asunto *sub-lite* ha llegado a conocimiento de la Sala en grado de consulta y ésta se entiende surtida en favor de la entidad pública demandada y no del actor que no haya apelado, habrá de confirmarse asimismo este aspecto decidido por el *a-quo* en el punto 3o. de los apartes resolutivos del fallo en comento.

No obstante, deberá revocarse el inciso 4° de la parte resolutiva de la sentencia en cuanto ordena reconocer intereses corrientes en relación con las mesadas causadas a partir del mes de marzo de 1987, por cuanto de conformidad con la jurisprudencia del Consejo, el restablecimiento del derecho pleno se obtiene con el pago de los haberes dejados de percibir. Más habrá de confirmar lo atinente a la corrección monetaria, pedida por el demandante, con arreglo a lo que señala el art. 178 del C.C.A.

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:

Confírmanse los incisos Nos. 1°, 2°, 3° y 5° de la sentencia de 24 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el proceso promovido por Miguel Antonio Villota contra el Municipio de Tangua, y modifícase el inciso No. 4° de la misma en cuanto ordena reconocer intereses corrientes, y se confirma en cuanto hace el ajuste de valor de la liquidación de las condenas,

la que deberá hacerse al tenor de lo señalado en el art. 178 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL - Régimen de personal/ **EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES/ EMPLEADO PUBLICO/ TRABAJADOR OFICIAL/ EMPLEADO OFICIAL** - Clasificación

Las Empresas Públicas de Manizales por ajustarse a las disposiciones que regulan los establecimientos públicos y haber sido creada en forma expresa como tal, es un establecimiento público del orden municipal, y por consiguiente, sus empleados por regla general son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales, si éstos se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas o si en sus estatutos se precisan otras actividades susceptibles de ser desempeñadas por personas con esta clase de vinculación laboral. En la clasificación de una entidad puede haber errores técnicos, en cuanto a la definición de su linaje jurídico, pero su ajuste no puede realizarlo sino el órgano constitucionalmente dotado de competencia para ello.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 2878. Actor: Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Manizales. Asuntos Municipales.

El Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Manizales, en ejercicio de la acción de nulidad, solicita se declare la nulidad de: 1) Del acuerdo No. 057 del 10 de octubre de 1983 expedido por el Concejo Municipal de Manizales; 2) De la decisión de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales, aprobatoria de la reforma estatutaria de fecha 17 de agosto de 1983; 3) Del Decreto Municipal 772 del 9 de diciembre de 1983, por medio del cual se

reforman los estatutos de las Empresas Públicas en su artículo 55, literal i). Subsidiariamente solicita se declare la nulidad parcial del Decreto Municipal 772 de 1983, que excluyó de los empleos susceptibles de ser desempeñados por trabajadores oficiales, empleos que no comportan funciones de dirección o confianza. (Fl.61.).

El actor sostiene que la naturaleza jurídica de las Empresas Públicas de Manizales es la de empresa industrial y comercial por las actividades que desarrolla, y la forma de percibir ingresos y no un establecimiento público aunque esta denominación sea la que exprese el acto administrativo de su creación. Agrega el actor que como consecuencia de la definición de empresa, la clasificación de los empleados oficiales debe ser por regla general la de trabajadores oficiales y excepcionalmente de empleados públicos en los cargos de dirección o confianza según lo determinen sus estatutos. Expresa el actor que estos criterios son los que se han venido aplicando y es así como los trabajadores han suscrito convenciones colectivas con la Empresa. En amplio análisis histórico de la normatividad y de la jurisprudencia, el actor advierte que dicho organismo municipal no desarrolla actividades administrativas pues no desenvuelve sus actividades en actos de poder, de policía o de cualquier naturaleza que sea típica de la función Estatal y en sentido contrario estos servicios bien pueden ser perfectamente prestados por particulares (art.4° Decreto 2127 de 1945) (fl.54).

Considera como normas violadas, las siguientes: artículo 62 A.L. 1 de 1968 -art.197 C.N.-; art.3° Ley 153 de 1887; art. 240 C.R.P. y M.; art. 5° y 6° Decreto 1050 de 1968; art. 5° Decreto 3135 de 1968 y art. 3° del Decreto 1848 de 1969.

Admitida la demanda, en el escrito de contestación, la Empresa, mediante apoderado, sostiene entre otras razones que no aparece como medio de financiación de la entidad "los ingresos provenientes de contratos comerciales que celebre ni de los negocios hechos con toda clase de entidades bancarias o de crédito, ni las transacciones comerciales de sus bienes". Agrega que no es por reconocer el carácter de empresa industrial y comercial del Estado, ni por considerar a sus servidores como trabajadores oficiales, que ha celebrado convenciones colectivas, sino por una costumbre contraria a la ley. (fl.71 y ss.)

Surtido el trámite procesal, la parte demandada en el término de traslado para alegar, reitera sus argumentos. (fl.122).

El Fiscal ante el Tribunal Administrativo considera que las normas atacadas no violan el orden jurídico y solicita se desestimen las pretensiones de la demanda.

La parte actora no presentó alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo mediante sentencia de 11 de junio de 1987, negó las peticiones de la demanda, por considerar que las Empresas Públicas de Manizales, según el acto de creación, se organizó como un establecimiento público,

predicable en él, de todos los elementos que la ley lo caracteriza. Señala el Tribunal además, que en Colombia existen establecimientos públicos que simultáneamente prestan tanto servicios administrativos como comerciales e industriales tales como los asignados a las Zonas Francas; que hay servicios públicos cuya iniciativa no es esencialmente propia de los particulares por la incidencia del servicio en la comunidad tales como el aseo, el alcantarillado y el acueducto; que las tarifas, tasas e impuestos pueden ser cobrados por establecimientos públicos; que no es la alusión idiomática el elemento diferencial entre el establecimiento público y la empresa industrial y comercial y tampoco la clase de contratos que pueda realizar, pues en vía de ejemplo el Decreto 222 de 1983, faculta a las entidades públicas para suscribir contratos administrativos y de derecho privado de la administración, sin que el ejercicio de esta última facultad incida en la naturaleza jurídica del organismo. (Fl.131 a 167).

El actor, en su oportunidad, interpuso en forma motivada, el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, reiterando sus puntos de vista (Fls.170 a 175), tanto ante el Tribunal como ante el Consejo de Estado (Fl.180 a 185).

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, comparte parcialmente las razones del Tribunal para fundamentar la sentencia, pero solicita su revocatoria pues si bien "... no cabe duda ninguna que se trata de un establecimiento público y que no es posible discución (sic) sobre su naturaleza jurídica", no es aplicable al régimen Departamental el artículo 5° del D.L. 3135 de 1968, sino la Ley 6a. de 1945.

Para resolver se **CONSIDERA:**

1. De la clasificación de los empleados oficiales. La Sala considera oportuno distinguir la competencia para establecer la regla general de clasificación y la competencia para su aplicación en concreto en las entidades oficiales. La primera, regla, general de clasificación de los empleados oficiales en el Derecho Administrativo Laboral Colombiano, es de competencia del legislador. La segunda, o acto específico mediante el cual se concreta el mandato en abstracto del legislador, en las entidades descentralizadas, es de naturaleza eminentemente administrativa y de competencia de las autoridades administrativas que hayan sido investidas para ello.

2. De la naturaleza jurídica de las Empresas Públicas de Manizales. Respecto de la naturaleza de las entidades descentralizadas por servicios, conviene advertir que a partir de la reforma administrativa de 1968, existen criterios claros orientados a fijar las características de ellas.

El numeral 4 del artículo 197 de la C.N. atribuyó a los Concejos Municipales la facultad de crear a iniciativa del Alcalde, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales,conforme a los preceptos legales.

Sobre los elementos estructurales de tales organismos, los artículos 5° y 6° del Decreto 1050 de 1968, preceptuaron lo siguiente:

Artículo 5°.

"De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, *encargados principalmente* de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería Jurídica;

b) Autonomía administrativa;

c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial." (Se subraya)

Artículo 6°.

"De las empresas industriales y comerciales del Estado.

Son organismos creados por la Ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, *salvo las excepciones* que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) Personería Jurídica;

b) Autonomía administrativa;

c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial." (se subraya).

Examinados los preceptos transcritos y en su conjunto los Decretos 1050 y 3130 de 1968, estatutos que regulan y fijan los principios rectores de la organización gubernamental y de la administración pública, conviene señalar que la concepción de tales entidades descentralizadas esta orientada a fijar los parámetros que deben guiar la creación, orientación y funcionamiento de estas modalidades de prestación de servicios públicos a la comunidad, sin que constituyan moldes jurídicos invariables. Así, cuando el artículo 5° del Decreto 1050 de 1968 se refiere a los establecimientos públicos, como los encargados "principalmente de atender funciones administrativas" no está impidiendo que atienda otras funciones tales como las comerciales y las industriales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de 20 de noviembre de 1972, con ponencia del Dr. Alvaro Orejuela Gómez, sobre la naturaleza jurídica y las actividades que puede desarrollar un establecimiento público dijo al respecto:

"Considera la sala que constitucionalmente no existen en el país los denominados "establecimientos públicos organizados con carácter comercial e industrial", aunque de hecho haya esa clase de establecimientos públicos, es decir, aquellos que sin perder su naturaleza jurídica propia, inconfundible, están organizados por razón del servicio que prestan, de la misma manera como se orientan y dirigen las entidades de carácter comercial o industrial, sin que tales modalidades, que pueden estimarse adjetivas, desnaturalicen la calidad típica de esos establecimientos públicos, que serán siempre tales, no obstante las expresadas orientación y organización internas, que se refieren a su funcionamiento, pero no, propiamente, a la naturaleza del establecimiento público. Ejemplo de aquellos son, entre otros, el Sena, Navenal, Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y Puertos de Colombia. Sobre el punto mencionado conviene observar que el derecho administrativo Francés, se reconoce, expresamente, la citada clase de establecimientos públicos, o sea, los que en tal carácter "administran un servicio exclusivamente comercial o industrial", sin que por esta circunstancia dichas entidades pierden esa calidad especial, para convertirse en una empresa oficial de tipo comercial o industrial, que son desmembraciones del Estado con características propias."

Conforme a lo antes expuesto se concluye que una entidad Municipal podrá ser establecimiento público, a un cuando desarrolla funciones comerciales e industriales y máxime si el Concejo Municipal le dio expresamente esa naturaleza.Un criterio diferente originaría inestabilidad, pues adoptar la naturaleza jurídica de una entidad oficial por interpretación, traería repercusiones de inmenso impacto en el manejo de los recursos humanos, del presupuesto de la actividad contractual y en general de la buena marcha de la institución.

Por consiguiente, las Empresas Públicas de Manizales por ajustarse a las disposiciones que regulan los establecimientos públicos y haber sido creado en forma expresa como tal, es un establecimiento público del orden municipal, y por consiguiente, sus empleados por regla general son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales, si éstos se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas o si en sus estatutos se precisan otras actividades susceptibles de ser desempeñadas por personas con esta clase de vinculación laboral.

La Sala estima que existiendo definición normativa de que las Empresas Públicas constituyen un establecimiento público municipal, el actor ha podido impugnar en primer término, el Acuerdo del Concejo Municipal que le otorgó esa calidad, con el objeto de obtener por este medio una seguridad absoluta sobre el debate propuesto.

Admite la Sala, hablando en términos generales, que en la clasificación de una entidad puede haber errores técnicos, en cuanto a la definición de su linaje jurídico, pero su ajuste no puede realizarlo sino el órgano constitucionalmente dotado de competencia para ello.

Confrontados los actos administrativos acusados con las normas legales, se concluye que no pretermitieron trámite alguno y se ajustaron a la clasificación general de los empleados oficiales prevista en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, y 292 del Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, por lo cual se deberá confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha junio 11 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual no se accedió a la solicitud de nulidad del Acuerdo Municipal 57, del Decreto Municipal 772 y del Acta No. 24 de fecha 17 de agosto de 1983, de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Manizales.

SEGUNDO: En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

La presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de febrero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO

La Sala no encuentra que se haya producido una ilegal revocatoria directa del acto administrativo, pues como es sabido, si aún no se había resuelto el recurso de apelación interpuesto, el acto no se encontraba en firme y por lo mismo, no había adquirido calidad de intengible. Por otra parte, siendo las normas sobre competencia, de orden público, la decisión equivocada del inferior no puede obligar a quien revisa el acto en segundo grado y esto fue lo que ocurrió en el caso de autos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 3397. Resoluciones Ministeriales. Segunda Instancia. Actor: Luis Eduardo Novoa Rodríguez.

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra el fallo inhibitorio proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 18 de febrero de 1988, respecto de la acción de restablecimiento del derecho, propuesta "con citación de los señores representantes legales del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional y con intervención del señor Representante del Ministerio Público".

LA DEMANDA

El actor pretende que se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Que es nulo el Art. 1 de la Resoldución No. 6253 del 14 de septiembre de 1984, emanada del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto por la

misma se resuelve: 'Modificar la Resolución No. 2782 del 23 de mayo de 1984 de la Dirección General de la Policía Nacional en el sentido de no reconocer pensión de jubilación al ex-especialista Asesor Primero Luis Eduardo Novoa Rodríguez, C.C. No. 92.237 de Bogotá;

2. Que es parcialmente nulo el artículo primero de la Resolución No. 2782 del 23 de mayo de 1984 emitida por la Dirección de la Policía Nacional, en lo que respecta al monto de la pensión reconocida en favor de mi poderdante, dado que dentro de esa cantidad no se tuvo en cuenta lo recibido del Instituto de Seguros Sociales por horas extras, disponibilidades y demás;

A. Que en consecuencia de las anteriores declaraciones se establezca que la Policía Nacional se halla legalmente obligada y debe reconocer a LUIS EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ, la pensión mensual y vitalicia de jubilación legalmente causada en su favor por sus servicios prestados a la Policía Nacional y al Instituto de Seguros Sociales y que, corresponde pagar a la Policía Nacional a la persona que represento, una pensión jubilatoria en cuantía del setenta y cinco por/ciento del total de lo devengado durante el último año servido a la Policía, incluyéndose lo devengado en el mismo lapso del Instituto de Seguros Sociales por salarios y comprendiendo Horas Extras y Disponibilidades. Debe entenderse que el 75% corresponde al salario promedio del último año referido.

La Pensión Jubilatoria así reconocida deberá pagarse a partir de la fecha en que se demostró el retiro de los Seguros Sociales, esto es desde el 19 de septiembre de 1983, en el monto visto y con las actualizaciones de ley.

B. En subsidio de lo anterior pido de esa H. Corporación que al anularse parcialmente la Resolución No. 6253 del Ministerio de Defensa, fechada el 14 de septiembre de 1984, en la forma solicitada en el punto primero de los pedimentos, se confirme el reconocimiento pensional hecho por Res. 2782 del 23 de mayo de 1984 emanada de la Policía Nacional."

HECHOS DE LA DEMANDA

El libelo se fundamenta en los siguientes sucesos:

"1. El señor Luis E. Novoa Rodríguez, trabajó al servicio de la Policía Nacional durante 23 años y se retiró después de cumplir 55 años de edad;

2. En el último año y según la posibilidad legal, el señor Novoa trabajó en forma simultánea con la Policía Nacional y el Seguro Social;

3. Por Resolución No. 2782 del 23 de mayo de 1984, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos, la Policía Nacional le reconoció al

trabajador retirado, la pensión jubilatoria de ley con vigencia a partir del 19 de septiembre de 1983 a razón de $62.329.42 mensuales.

4. La Resolución se apeló ante el Ministerio con el fin de obtener un mejoramiento en la cuantía y pidiendo que se tuvieran en cuenta los dineros recibidos del I.S.S. por horas extras y compensatorios;

5. El Ministerio revocó el reconocimiento de la prestación sin tener en cuenta el motivo del recurso y sin contar con la autorización del interesado, causándole con este hecho considerables perjuicios."

NORMAS VIOLADAS

El apoderado del actor refiere como violados los artículos: 83 y 85 del Decreto 610 de 1977; 105 del Decreto 1848 de 1969 y los correspondientes del Decreto 3135 de 1968; 9° de la Ley 89 de 1931; 357 del Código de Procedimiento Civil; 67 y 73 del Código Contencioso Administrativo; 16, 26, 30 y 62 de la Constitución Nacional y artículo19 del Decreto 1653 de 1977.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de evidenciar que el libelista pidió se citara "a los señores representantes legales del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional" adujo que: "Ni el Ministerio de Defensa Nacional ni la Policía Nacional son personas jurídicas con capacidad para comparecer en juicio en su condición de demandadas o de demandantes. En uno u otro caso lo hacen, PERO EN REPRESENTACION DE LA NACION, más no autónomamente. Falta por lo tanto, el presupuesto procesal de 'capacidad para ser parte', por lo que la relación jurídico-procesal no se trabajó (sic) en forma consecuente, y así, la Sala debe pronunciar decisión inhibitoria." Se inhibió así, de dictar sentencia de mérito.

CONCEPTO FISCAL

La señorita Fiscal Quinta de esta Corporación asevera, primeramente, que:

"Analizando la demanda, se tiene que en ésta no se demandó expresamente a la Nación, lo cual conllevaría con criterio rigorista, a solicitar decisión inhibitoria. Considera la Fiscalía que en aras de no sacrificar el derecho por los formalismos, y teniendo en cuenta que se citaron en la demanda al Ministerio de Defensa Nacional y a la Policía Nacional, se llega a la conclusión que implícitamente, se está demandando a la Nación-Policía Nacional, cumpliéndose así lo ordenando en el artículo 149,2 del Código Contencioso Administrativo."

Al entrar al fondo del asunto, la colaboradora fiscal estima que la presunción de legalidad de los actos acusados no fue desvirtuada por el actor, porque si la Dirección de la Policía Nacional ordenó y reconoció pagar al demandante una pensión mensual de jubilación -en primera instancia- el Ministerio de Defensa Nacional, al modificar tal decisión en el sentido de no reconocer esa jubilación, no violó derechos adquiridos por el actor, porque tal prestación no se había concretado o materializado mediante acto administrativo en firme. Además, el Ministerio se percató que -de acuerdo con los artículos 83 y 85 del Decreto 610 de 1977- la Policía Nacional no debía reconocer pensión de jubilación a LUIS EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ ya que éste se había retirado de esa Institución y laboraba en el Instituto de Seguros Sociales y era este ente el que debía pagar la pensión a que se hacía acreedor el actor, por ser la última entidad a la que estuvo vinculado NOVOA RODRIGUEZ, conforme al artículo 75 del Decreto 1848 de 1969.

SUSTENTACION DEL RECURSO

El apoderado del actor manifiesta que la decisión inhibitoria del fallador de primera instancia es improcedente, de acuerdo con sentencias proferidas por esta Sala, en septiembre 14 y 30 de 1986, dentro de los Expedientes Nos. 1942 y 2014, según las cuales cuando el actor no designa a la parte demandada, es válido entender o suponer que dicha parte es la Nación, tratándose de actos expedidos por una corporación, dependencia, órgano o autoridad nacional sin personería jurídica, sin que se desborden los poderes de interpretación de la Corporación.

En cuanto a los actos acusados, el libelista insiste en que el Ministerio de Defensa Nacional, al no reconocer la jubilación otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional, violó el principio procesal de la prohibición de la *reformatio in pejus*, consagrado por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al recurrente y el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como la prohibición de revocar actos administrativos creadores o modificadores de una situación jurídica particular y concreta, o reconocedores de un derecho de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, establecida en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente alega el derecho del accionante a que se le reconozca la pensión por parte de la Policía Nacional, teniendo en cuenta los conceptos pensionales que rigen para los trabajadores del Seguro Social.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Sala no prohija la rigidez que tuvo el Tribunal de instancia para examinar la demanda y concluir que falta el presupuesto de "capacidad para ser parte" en relación con la parte demandada, toda vez que de la simple petición de notificar al Ministro de Defensa y al Director de la Policía Nacional, no se puede

colegir que se está demandando al Ministerio y a la Policía Nacional. Por el contrario, para la Sala es fácil interpretar la petición en el sentido de que se demanda a la Nación, pues en virtud de lo dispuesto por el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, el Ministro de Defensa es quien la representa en los proceso contenciosos administrativos y la notificación al Director de la Policía Nacional era de rigor por así disponerlo el artículo 126 del Decreto 610 de 1977.

No encuentra por tanto la Sala, razón jurídica que respalde el fallo inhibitorio, por lo cual habrá de revocar la sentencia y conocer de fondo las pretensiones de la demanda.

2. Cuestiona el demandante la legalidad de un acto por el cual el Ministerio de Defensa Nacional, al conocer en apelación de una resolución de la Dirección General de la Policía Nacional que le reconocía pensión de jubilación, la modificó en el sentido de abstenerse de hacer tal reconocimiento.

Aduce que reconocida la pensión por la Policía Nacional el acto era inmodificable y al efecto invoca el principio de la *"reformatio in pejus"* y la inmutabilidad de los actos administrativos. Finalmente alega que la decisión fue ilegal -además, porque desconoció el derecho que tiene el empleado de continuar trabajando luego de solicitar el reconocimiento de la pensión.

La Sala no encuentra que se haya producido una ilegal revocatoria directa del acto administrativo, pues como es sabido, si aún no se había resuelto el recurso de apelación interpuesto, el acto no se encontraba en firme y por lo mismo, no había adquirido calidad de intangible. Por otra parte siendo las normas sobre competencia, de orden público, la decisión equivocada del inferior no puede obligar a quien revisa el acto en segundo grado y esto fue lo que ocurrió en el caso que ocupa a la Sala. El Ministerio invocó el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969 según el cual la pensión de jubilación debe ser reconocida y pagada por la entidad de previsión a la que está afiliado el empleado al tiempo del retiro, para sostener que era el Instituto de Seguros Sociales (última entidad en la que trabajó el solicitante) el que debe proferir el respectivo reconocimiento; no se vulneró por consiguiente el principio de la *"reformatio in pejus"*.

En cuanto a la legalidad de la decisión, la Sala considera: El Ministerio de Defensa se basó en el artículo 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 que dispone:

> "La pensión de jubilación correspondiente se reconocerá y pagará al empleado oficial por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo de servicio requerido por la ley, si para entonces se hubiere retirado del servicio oficial sin tener la edad exigida para tal fin, o por la entidad de previsión a que esté afiliado al tiempo del retiro, si entonces cumple los requisitos de tiempo de servicios y edad señalados para el goce de la pensión...".

No contempló la norma casos como el que se examina, en el que el empleado presta simultáneamente sus servicios a dos entidades oficiales lo cual es posible dentro de los límites de la ley y tampoco previó el camino a seguir cuando cumplidos los requisitos y solicitada la pensión, el empleado se retira de una de ellas y continúa laborando en la otra, hecho que también es legalmente posible mientras no se haya hecho efectiva la pensión.

Cabe entonces acudir al texto de la Ley 72 de 1947 que en su artículo 21 dispuso:

> "Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una caja de previsión social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La caja pagadora repetirá de las entidades obligadas el reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicio del empleado en cada una de las entidades oficiales".

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 2921 de 1948 en los siguientes términos:

> "Artículo 1°. Los empleados nacionales, departamentales o municipales que tengan derecho a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión elevarán la solicitud a la caja o institución de previsión social, a la cual estén afiliados al tiempo de cumplir su servicio o a la que hayan estado afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso.
>
> PARAGRAFO: Cuando la entidad respectiva no tenga establecida Caja o Institución de previsión social, la solicitud deberá ser dirigida a dicha entidad, para la tramitación correspondiente."

Como puede apreciarse, la ley señaló que la entidad obligada a reconocer y pagar la pensión es aquella a la que se encontrare vinculado el empleado al cumplir el tiempo de servicios, pero como era posible que para entonces el empleado no tuviera la edad requerida, el reglamento previó la posibilidad de que lo fuera la entidad a la cual estuviera afiliado al tiempo de retiro.

Considera por tanto la Sala, que es facultativo del empleado acudir a una o a otra en casos como el que se examina, en el que se cumplen los requisitos de tiempo y edad estando al servicio de dos entidades. Y si puede el empleado solicitar a una de ellas su reconocimiento y tal solicitud no impide que el empleado, mientras no se haga efectiva la pensión, siga laborando en la misma entidad, no ve la Sala que sea óbice para que continúe al servicio de la otra, ni que ello afecte la obligación que la entidad requerida tiene para asumir el reconocimiento y pago de la pensión.

No encuentra por ello la Sala acertada la decisión administrativa impugnada, que invocando el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, se abstuvo de reconocer la pensión que le había sido solicitada.

3. Finalmente, en la liquidación de la pensión como lo reclama el demandante, debe tenerse en cuenta los salarios devengados en las dos entidades durante el último año de servicios, entendiéndose éste como el último servido en la entidad obligada, y conforme al régimen especial de cada una de ellas, es decir, conforme a lo dispuesto por los artículos 85 del Decreto 610 de 1977 para la Policía Nacional y el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 para el Instituto de Seguros Sociales, entidad que deberá asumir las cuotas que proporcionalmente le correspondan.

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. REVOCASE la sentencia recurrida. En su lugar, declárase la nulidad de la Resolución No. 6253 de 14 de septiembre de 1984 del Ministro de Defensa Nacional y parcialmente la del artículo 1° de la Resolución No. 2782 del 23 de mayo de 1984 de la Dirección General de la Policía Nacional, en lo que hace relación con el monto de la pensión reconocida.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación -Policía Nacional- reconocerá y pagará al señor LUIS EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ una pensión vitalicia de jubilación liquidada conforme a la parte motiva de esta sentencia.

3. La pensión así reconocida deberá pagarse a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio oficial.

4. La Entidad obligada dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas B., Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Nota de Relatoría: La sentencia anterior fue adicionada por auto de 31 de mayo de 1991, publicado a continuación.

PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento

En los casos en que se cumplen los requisitos de tiempo y edad estando al servicio de dos entidades es facultativo del empleado acudir a una o a otra. Y si puede el empleado solicitar a una de ellas su reconocimiento y tal solicitud no impide que el empleado, mientras no se haga efectiva la pensión, siga laborando en la misma entidad, no ve la Sala que sea óbice para que continúe al servicio de la otra, ni que ello afecte la obligación que la entidad requerida tiene para asumir el reconocimiento y pago de la pensión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejara Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 3397. Resoluciones Ministeriales. Adición de la Sentencia. Actor: Luis Eduardo Novoa Rodríguez.

El accionante, dentro del término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, proferida por esta Sección con fecha 18 de marzo de 1991, ha solicitado su adición por considerar que omitió pronunciarse sobre la petición final contenida en el ordinal A. del acápite de pretensiones que expresa que la pensión jubilatoria se pagará "en el monto visto y con las actualizaciones de ley". Dice que en efecto no se hizo pronunciamiento alguno sobre los ajustes de valor de que trata el artículo 178 del Codigo Contencioso Administrativo, como tampoco sobre los reajustes pensionales previstos en la Ley 4a. de 1976 y disposiciones complementarias.

OBSERVA LA SALA:

Respecto a la solicitud relacionada con el monto de la pensión, no cabe duda que el numeral 2° de la parte resolutiva de la sentencia en cuestión determinó

que la pensión se liquidará "conforme a la parte motiva de esta sentencia" y en la parte motiva se dijo: "Finalmente, en la liquidación de la pensión como lo reclama el demandante, debe tenerse en cuenta los salarios devengados en las dos entidades durante el último año de servicios, entendiéndose éste como el último servicio en la entidad obligada, y conforme al régimen especial de cada una de ellas, es decir, conforme a lo dispuesto por los artículos 85 del Decreto 610 de 1977 para la Policía Nacional y el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 para el Instituto de Seguros Sociales, entidad que deberá asumir las cuotas que proporcionalmente le correspondan". Ello permite establecer con precisión el monto de la suma a pagar, razón por la cual estima la Sala que no hay lugar a adición alguna en este sentido.

En lo relacionado con "las actualizaciones de ley" ciertamente omitió la sentencia ordenar los reajustes pensionales de ley que fueron parte del petitum y, en consecuencia, será adicionada en tal sentido.

En cuanto a los ajustes de valor a que se refiere el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, no procede la adición, por las siguientes razones:

1o. Este ajuste no fue pedido en la demanda.

2o. La acción ejercitada fue la del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) que permitía que además de la nulidad del acto administrativo se solicitara el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, y el demandante pidió el restablecimiento del derecho.

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

FALLA:

1o. ADICIONASE el numeral 2° de la parte resolutiva de la sentencia de 18 de marzo de 1991, proferida por esta Sección dentro del expediente 3397, el cual quedará de la siguiente manera:

2o. Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación -Policía Nacional- reconocerá y pagará al señor LUIS EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ una pensión vitalicia de jubilación liquidada conforme a la parte motiva de esta sentencia, con los reajustes pensionales legales a que tenga derecho.

2o. NIEGASE la adición respecto a los ajustes de valor de que trata el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO / DESCANSO COMPENSATORIO / FUERZA MAYOR

Aun cuando la ley no contempla el descanso compensatorio como una situación administrativa independiente -que sí lo es el permiso remunerado-, éste se establece, como su nombre lo indica, a título de compensación por trabajos que se han desarrollado excediendo el horario habitual de labores. Supone que quien alegue disfrutar de un descanso compensatorio debe demostrar que se vio obligado a laborar horas extras, que éstas no le fueron reconocidas en dinero, y que obtuvo autorización formalmente conferida para tomar ese descanso compensatorio. Nada de ello aparece probado en este caso. La situación alegada por la actora no constituye fuerza mayor o caso fortuito. A lo que está obligado un empleado público que termina sus vacaciones es a tomar las precauciones y a prever oportunamente la forma de salvar eventuales contratiempos, a fin de que éstos no le impidan reasumir sus funciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4882. Autoridades Nacionales. Actora: Amanda Felisa Peraza Fernández.

Se decide el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por Amanda Felisa Peraza Fernández contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 1989 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para dirimir la litis planteada contra el Servicio Seccional Nacional de Aprendizaje -SENA-.

ANTECEDENTES:

La doctora Amanda Felisa Peraza Fernández pidió al Tribunal anular la Resolución 077 (enero 17) de 1984, por medio de la cual el Subdirector Administrativo del SENA declaró vacante, por abandono, el cargo de Profesional Asesor Grado 44 de la Oficina de Cooperación Técnica Internacional que ella desempeñaba en esa entidad. Solicitó también la nulidad de los oficios 45-87349 (enero 27 de 1984), del Subdirector Administrativo y 45-87926 (febrero 14 de 1984) del Director General del SENA, mediante los cuales se le hizo saber no solo que la decisión original carecía de recursos, sino que no había razón ninguna para revocarla. Como consecuencia de tales nulidades pidió el restablecimiento de su derecho.

Los HECHOS fundamentales de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La doctora Peraza Fernández trabajó en el SENA, con intachable conducta, durante cinco (5) años.

Se le concedieron vacaciones entre el 19 de diciembre de 1983 y el 9 de enero de 1984, por lo cual debía regresar al trabajo el 10 de enero de 1984.

Además de las vacaciones, su jefe directo, el Subdirector Técnico Pedagógico del SENA, le concedió tres días de permiso como descanso compensatorio, que podía disfrutar los días 10, 11 y 12 de enero de aquel año.

Aun cuando debía regresar a Bogotá el 12 de enero, la aerolínea Avianca no pudo transportarla desde Río de Janeiro, donde concluía sus vacaciones, en razón del accidente sufrido por el "jumbo" de la empresa en el aeropuerto de Madrid en diciembre de 1983. Otros pasajeros -no solo ella- también fueron "forzados a quedarse" hasta el 16 de enero de 1984.

Desde el 1o. de diciembre de 1983, la doctora Peraza no pertenecía a la Oficina de Cooperación Técnica Internacional, sino que dependía de la Subdirección Técnica Pedagógica, por lo cual es errada la denominación que del cargo por ella desempeñado se hace en la Resolución declaratoria de la vacancia.

El SENA "no realizó ninguna acción tendiente a determinar si la razón por la cual mi poderdante no se reintegró al trabajo al vencimiento de sus vacaciones era o no justificada e impidió que mi poderdante demostrara que existieron razones que justificaban plenamente su conducta."

Como normas violadas con el acto acusado la demanda citó: C.N. artículos 16, 17, 26, 30 y 45; D.R. 1950 de 1973, artículos 126, 163; Decreto 2733 de 1959, artículos 10 a 13, y 16; artículo 100 del Acuerdo 130 de 1969 del Consejo Directivo del SENA. Expuso el concepto de la violación enderezado fundamentalmente, a sostener que se vulneró su derecho de defensa al no haberle permitido

demostrar que se había presentado justa causa para su inasistencia al trabajo al término de vacaciones.

Apartándose de la vista Fiscal, favorable a las pretensiones de la demanda, el Tribunal despachó negativamente las súplicas impetradas.

Inconforme con tal decisión, la actora interpuso el recurso de apelación, fundamentándolo en idénticos argumentos a los expuestos en el libelo de demanda.

Surtido el trámite correspondiente a la apelación y no observándose causal ninguna que invalide lo actuado, debe la Sala proferir sentencia de mérito, a lo cual procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer si se ajusta, o no, a derecho, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo de Profesional Asesor Grado 44, que la actora desempeñaba en la Oficina de Cooperación Técnica Internacional del Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, decisión contenida en la Resolución 0077 (enero 17) de 1984, del Subdirector Administrativo de la mencionada entidad.

La vacancia del cargo por abandono es una de las formas establecidas en la ley para la cesación de funciones o retiro del servicio público. Se presenta -conforme lo señala el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973- en cuatro casos, el primero de los cuales ocurren cuando un empleado, sin justa causa", "No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso o vacaciones...".

La declaratoria de vacancia de un cargo no exige el adelantamiento de proceso disciplinario; basta que se compruebe tal circunstancia para proceder en la forma ordenada en la ley.

Pero adicionalmente a la comprobación física de que el empleado no ha reasumido sus funciones al vencimiento de vacaciones, la ley exige que no se haya acreditado una justa causa para tal ausencia, obviamente estimada en términos razonables por la entidad en la que presta sus servicios. Si la justa causa se comprueba con posterioridad, el acto debe revocarse.

En el caso aquí debatido la demandante acepta que, en efecto, debía reintegrarse a sus labores, tras haber disfrutado de vacaciones, el día 10 de enero de 1984, pero advierte que no lo hizo, por dos razones: porque tenía tres días más de vacancia -a título de descanso compensatorio, y porque hubo fuerza mayor en cuanto para entonces se encontraba en Rio de Janeiro por inconvenientes de cupo en la aerolínea, y solo pudo regresar a Bogotá el 16 de enero del mismo año.

Concluye que esos dos factores -el descanso compensatorio de que disfrutaba y la fuerza mayor, que postergó su viaje de retorno al país- configuran la justa

causa de su inasistencia al trabajo, anotando que por ello su desvinculación del servicio es ilegal y ha de anularse, restableciéndola en su derecho.

Debe entonces la Sala analizar si esos dos hechos fueron plenamente probados y si constituyen justa causa.

El descanso compensatorio.- Aun cuando la ley no lo contemple como una situación administrativa independiente -que sí lo es el permiso remunerado-, el llamado descanso compensatorio se establece, como su nombre lo indica, a título de compensación por trabajos que se han desarrollado excediendo el horario habitual de labores.

Lo anterior supone, cuando menos, que quien alegue disfrutar de un descanso compensatorio debe demostrar que se vio obligado a laborar horas extras, que éstas no le fueron reconocidas en dinero, y que obtuvo autorización formalmente conferida para tomar ese descanso compensatorio.

Nada de ello aparece probado en el caso presente, y de ese descanso compensatorio no fue informado siquiera el Jefe de la División de Relaciones Industriales.

Posteriormente el 16 de febrero de 1984 -es decir, un mes después de la declaratoria de vacancia que se discute- el señor Alvaro Durán Vergara, Subdirector Técnico Pedagógico del SENA, a solicitud de la actora manifiesta que efectivamente, de manera verbal, le concedió permiso (sic) compensatorio los días 10, 11 y 12 de enero de 1984, respectivamente (sic) (fl. 4).

Observa la Sala en primer lugar, que quien haya de disfrutar descanso compensatorio o recibir el pago de horas extras en el SENA, debe pertenecer a los grupos técnico-operativo, administrativo o de instructores, según lo dispone el Decreto-Ley 1014 de 1978 en su artículo 24, y la señora Peraza Fernández pertenecía al nivel Profesional Asesor.

En segundo término, el subdirector Técnico Pedagógico no era el funcionario competente para autorizar el disfrute de un descanso compensatorio, pues la Resolución 905 de 1978 delegó esa atribución, para el caso, en el Subdirector General Administrativo (fl. 84).

En tercer lugar, cuando la señora Peraza Fernández dice que obtuvo el descanso compensatorio por parte del Director Técnico Pedagógico, ella ni siquiera era subalterna suya sino que pertenecía a la Oficina de Cooperación Técnica Internacional.

La fotocopia informal del memorando que obra a folio 13 del cuaderno principal y las declaraciones rendidas a folios 121 a 131, indican que cuanto hubo fue un "acuerdo" para mutar empleados entre la señora Juanita Castaño Baños, Jefe de la Oficina de Cooperación Técnica Internacional y el señor José Alvaro

Durán Vergara, Subdirector Téctnico Pedagógico; pero es obvio que ese "acuerdo" no modificó la situación laboral ni la índole de la relación existente entre el SENA y los empleados a los cuales se refería tal "acuerdo". La Resolución 4261 de 1983, que trasladó a la demandante de la Oficina de Cooperación Técnica Internacional a la División de Industria no tuvo cumplimiento, pues regía a partir del 1o. de enero de 1984 (fl. 25, 2° cdno.) y la señora Peraza no se reintegró a la entidad después de sus vacaciones.

A juicio de la Sala, la demandante no tenía fundamento alguno para suponer que podía disfrutar de tres días adicionales a sus vacaciones a título de descanso compensatorio porque, como se ha visto, éste no se justificó jamás ante la entidad en donde no tenían conocimiento de ese hecho al expedir la resolución acusada.

La fuerza mayor. Dando por descontado, equivocadamente, que gozaba de los tres días de descanso compensatorio una vez concluidas sus vacaciones, o sea 10, 11 y 12 de enero, la demandante narra que si bien debía presentarse a trabajar de nuevo el 13 de enero, ello no le fue posible pues por razones de fuerza mayor solo regresó a Bogotá el día 16.

Esa fuerza mayor la hace consistir en el hecho de que aun cuando tenía reservación para viajar por Avianca el día 12 en la Ruta Rio de Janeiro-Bogotá, la aerolínea no utilizó la nave inicialmente prevista, la misma que se había accidentado en el aeropuerto de Madrid (España), en diciembre de 1983, sino un avión más pequeño. Debido a eso -agrega la accionante- no solo ella sino otros viajantes hubieron de permanecer por fuerza en la ciudad brasilera hasta el 16 de enero, cuando finalmente llegaron a Bogotá.

Esa pretendida fuerza mayor no se prueba con los escritos de folios 11 a 12, porque como bien lo dice el Tribunal en la sentencia apelada tales escritos -obrantes en fotocopia mecánica- no pueden tenerse como auténticos puesto que son privados y no se inscriben tampoco en ninguno de los eventos señalados en el artículo 252 del C.P.C.

Por idéntica razón, no es posible tener en cuenta dentro del proceso el escrito obrante a folio 60, en el cual la empresa Avianca no menciona ninguna fuerza mayor para el regreso de la demandante a Bogotá sino, al contrario, manifiesta que "el regreso se efectuó el día 16 de enero de 1984 de Rio-Bog en el vuelo No. 084 a las 12 m. o sea la misma reserva que indica el cupón de vuelo No. 3 del tiquete 4402599538, la cual fue confirmada posterior a la venta".

Pero aún en el evento de que la señora Peraza Fernández sí se hubiera visto obligada a permanecer en Rio hasta el 16 de enero, por falta de cupo, ello no constituiría fuerza mayor o caso fortuito.

A lo que está obligado un empleado público que termina sus vacaciones es a tomar las precauciones y a prever oportunamente la forma de salvar eventuales contratiempos, a fin de que éstos no le impidan reasumir sus funciones.

La demandante no observó esa diligencia a que estaba obligada, sino al contrario. Véase cómo, habiendo regresado a Bogotá el día 16 de enero, a las 12 del día, permaneció fuera del trabajo hasta el 18, cuando finalmente retornó a sus actividades. De manera que aun si se aceptara, en gracia de discusión que tuvo descanso compensatorio legalmente concedido hasta el día 12 y que por fuerza mayor solo llegó a Bogotá el día 16, no hay explicación ninguna para que el 17 persistiera en inasistir al trabajo.

El análisis precedente, coincide con el que efectuó el Tribunal y la Sala encuentra acertada la decisión que con tal fundamento adoptó el *a-quo*; por tanto habrá de confirmarla.

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 apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de septiembre de 1989 para desatar la litis propuesta por Amanda Felisa Peraza Fernández contra el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

Cópise, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 6 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

VIATICOS/ COMISION DE SERVICIOS

El acto acusado no se aparta en cuanto a la definición que presenta de lo que es comisión de servicios y viáticos, de las prescripciones establecidas en la ley y en decretos reglamentarios, indica la forma de aplicar las tarifas de manera acorde con las disposiciones del Decreto 90 de 1988.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3554. Actor: Roosevelt Molina Henao. Resoluciones Ministeriales.

El señor Roosevelt Molina Henao obrando en su propio nombre, demanda la nulidad de la Resolución 0366 de 26 de mayo de 1988 emanada de la Dirección de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud, por la cual se reglamentaron los viáticos del personal que labora en esa Dependencia.

Como parte coadyuvante fue reconocido el señor Ramiro Roa Cortés.

Los hechos que sirven de fundamento a la acción, pueden resumirse así:

1o. La Dirección de Campañas Directivas del Ministerio de Salud es una dependencia administrativa de dicho Ministerio.

2o. El artículo 35 del Decreto 121 de 1976 determina el régimen jurídico de Unidad Administrativa Especial para la Dirección de Campañas Directas, le asigna atribuciones de reclutamiento, vinculación de personal y manejo finaciero

para determinados programas, pero estas no son independientes de las facultades propias del Ministerio de Salud, como representante que es del Gobierno.

3o. A través de la Resolución acusada se reglamentó sin facultad para ello, el Decreto Ley 90 de 1988 por el cual el Ejecutivo investido de facultades extraordinarias fijó entre otros el régimen de comisiones y viáticos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

4o. La Ley que concedió facultades al Ejecutivo es de fecha 22 de diciembre de 1987, el término fue de treinta días y el Decreto 90 de 1988 fue expedido dentro de dicho término

Se invoca como normas violadas los artículos 20, 76 ordinal 12, 118 y 120 numeral 3 de la Constitución Nacional; los Decretos 1050 de 1988, 1042 de 1978, el artículo 84 del C.C.A. el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, el Decreto Ley 121 de 1976 y el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

Expresa el demandante en el concepto de la violación, que la Dirección de Campañas Directas es una dependencia interna del Ministerio de Salud, como se desprende de los artículos 19 y 35 del Decreto 121 de 1976, lo que significa que la representación de dicha Dirección la tiene el Ministro de Salud, y no puede entenderse que individualmente integre la Rama Ejecutiva del Poder Público, en los términos del artículo 1° del Decreto 1050 de 1968.

Que la Ley 55 de 22 de diciembre de 1987 facultó al Presidente para fijar las escalas de remuneración, la nomenclatura y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación correspondientes a las distintas categorías de empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, incluidas las Unidades Administrativas Especiales, y las escalas de viáticos para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, a la cual pertenecen los empleados del Servicio Nacional de erradicación de la Malaria.

Que el Decreto Ley 90 de 1988 equivale a una Ley de la República y la facultad reglamentaria de las leyes solo pertenece al Presidente de la República de conformidad con el numeral 3 del Artículo 120 de la Constitución Nacional y que tampoco es delegable como se desprende del artículo 135 de la Carta.

Que no obstante lo anterior, el Director de Campañas Directas del Ministerio de Salud, reglamentó -y por fuera del término otorgado por la Ley de facultades- el Decreto 90 de 1988 variándolo sustancialmente.

Agrega el demandante que el Director de Campañas Directas asumió que estaba al mando de una Unidad administrativa especial y que contaba con la autonomía otorgada por la Ley a los establecimientos públicos; pero que ni aún estos tienen facultad para establecer régimen de personal.

Termina diciendo que se violó el artículo 20 de la Constitución porque hubo extralimitación de funciones.

La Fiscalía precisa que solo se hacen dos cargos a la Resolución acusada: transgresión de los Artículos 20 y 120 numeral 3 de la Constitución Nacional; por cuanto no se expresó el concepto de la violación de las demás normas citadas como infringidas.

Expresa que la Dirección de Campañas Directas y SEM hace parte de la rama ejecutiva del Poder Público puesto que pertenece al Ministerio de Salud y por tanto le es aplicable el Decreto Ley 90 de 20 de enero de 1988; que el artículo 7 de dicho estatuto establece la escala de viáticos para los empleados de la rama ejecutiva entre los cuales figuran los funcionarios de la Dirección de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud: y que el artículo 36 del Decreto Ley 90 de 1968 especifica a cuales empleados no es aplicable el decreto.

Que este estatuto en su artículo 7 facultó a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas especiales del orden Nacional para fijar el valor de los viáticos, con base en las pautas que en él se establecen y por lo tanto "La Resolución al regular materias sobre las cuales la norma le había dado tal competencia, se ajusta a derecho".

Que la facultad otorgada en el artículo 7 en comento, no es una delegación de la potestad reglamentaria de que trata el Artículo 120 num. 3 de la C.N., sino que a través del Decreto 90 de 1988 el Presidente de la República actuó como legislador extraordinario, indicando quiénes podían fijar el valor de los viáticos; es decir, que la Resolución acusada no hizo cosa distinta a cumplir la norma, regulando sobre la materia en ella señalada.

En resumen, la Agencia del Ministerio Público solicita que las súplicas de la demanda sean denegadas.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si la Resolución No. 0366 de 26 de mayo de 1980, por lo cual el Director de Campañas Directas y SEM del Ministerio de Salud, luego de señalar que se entiende por Comisión de Servicios, por "sede" de los funcionarios, por viáticos, señala el valor de estos últimos, teniendo en cuenta la remuneración del funcionario e indica la forma de aplicación de las tarifas, autoriza el pago de gastos de transporte etc., se ajusta a derecho.

Como lo anota la Fiscalía, el actor se refiere especialmente a la carencia de facultad reglamentaria de las leyes por parte de quien expidió al acto demandado y a la consecuencial extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, la Sala examinará si en verdad, con el acto acusado se reglamentó la ley, y concretamente en este caso, el Decreto Ley 90 de enero de 1988, y si hubo extralimitación de funciones.

Este Decreto con fuerza de ley, fue expedido por el señor Presidente de la República en ejercicio de precisas facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 55 de 1987, para modificar parcialmente el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministros, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional, fijar las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y las de viáticos para los empleados públicos de tales entidades.

En cuanto a viáticos el Decreto 90 de 1988 indicó una tarifa máxima y dispuso que en cada entidad de las mencionadas y para el otorgamiento de las comisiones de servicio, se fijaría el valor de los viáticos según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde deba llevarse a cabo la labor, *hasta las cantidades señaladas* en el mismo artículo.

Así las cosas, quede claro que tanto los Ministros, como los Jefes de Departamentos Administrativos, los Superintendentes, los Gerentes o Directores de Establecimientos Públicos y los Jefes o Directores de Unidades Administrativas Especiales, quedaron facultados para fijar el valor de los viáticos, teniendo en cuenta los factores indicados en el Decreto 90 de 1988 y sin sobrepasar las tarifas en él indicadas.

No es entonces imperativo, como lo sugiere la demanda, reconocer siempre por concepto de viáticos el valor máximo indicado en la tarifa señalada por el artículo 7 del Decreto 90 de 1988.

Ahora bien, el artículo 20 del Decreto 121 de 1976, reorgánico del Ministerio de Salud, indica que la Dirección de Campañas Directas es una Unidad Administrativa Especial, que tiene a su cargo el servicio de erradicación de la Malaria, y que el Jefe de ese servicio es el Director de Campañas Directas.

De lo anterior se concluye que tratándose de una Unidad Adminitrativa Especial, su Jefe está facultado para fijar el valor de los viáticos de los funcionarios de su dependencia, sin exceder el máximo señalado en el Decreto Ley y sin apartarse de los lineamentos que traza su artículo 7°.

No se configura entonces ni la violación del artículo 20 de la C.N. poque con la expedición del acto acusado no hubo extralimitación de funciones, ni del Artículo 120 numeral 3 de la Carta, por cuanto en este caso no se está usurpando la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República sino fijando el valor de los viáticos de determinados funcionarios con autorización legal.

En efecto a pesar de que el demandante no indica expresamente que se violó el artículo 7 del Decreto Ley 90 de 1988, en el desarrollo del concepto de la violación afirma que la Resolución 0366 de 1988..."modificó, sustituyó, suprimió y en términos generales varió sustancialmente el espíritu contenido en la Norma Superior, en detrimento de los intereses de los trabajadores al suprimirles el derecho a recibir los viáticos conforme a las determinaciones ordenadas en el Decreto Ley".

Por consiguiente haciendo una comparación de los topes máximos fijados por el Decreto 90 de 1988, y la tarifa de viáticos contenida en la Resolución acusada, se observa que no ha habido exceso y que la Resolución toma como base la remuneración mensual, el lugar de la comisión y su naturaleza, como se observa a continuación:

TARIFAS FIJAS EN EL DECRETO-LEY 90/88		
REMUNERACION MENSUAL	**VIATICOS DIARIOS EN PESOS PARA COMISIONES EN EL PAIS**	**VIATICOS DIARIOS EN DOLARES ESTADOUNIDENSES PARA COMISIONES EN EL EXTERIOR**
Hasta 49.300	Hasta 4.700	Hasta 105
De 49.301 a 90.300	Hasta 6.500	Hasta 170
De 90.301 a 126.500	Hasta 7.900	Hasta 234
De 126.501 a 164.400	Hasta 9.200	Hasta 247
De 164.401 a 203.200	Hasta 10.600	Hasta 270
De 203.201 en adelante	Hasta 12.000	Hasta 279

TARIFAS FIJAS EN LA RESOLUCION 366 DE 1988		
REMUNERACION MENSUAL	**TARIFA**	
	"A"	**"B"**
Hasta 30.000	2.300	1.150
De $ 30.001 hasta 39.000	2.600	1.300
De 39.001 hasta 49.300	3.500	1.750
De 49.301 hasta 90.300	4.800	2.400
De 90.301 hasta 126.500	6.500	3.250
De 126.501 en adelante	7.900	3.950

Por lo demás, el acto acusado no se aparta en cuanto a la definición que presenta de lo que es comisión de servicios y viáticos, de las prescripciones contenidas en la ley y en decretos reglamentarios. indica la forma de aplicar las tarifas de manera acorde con las disposiciones del Decreto 90 de 1988.

Como el demandante tampoco es muy explícito al expresar el concepto de violación de las demás disposiciones que cita, es preciso concluir, como lo hace la Fiscalía, que por las razones invocadas en la demanda, la resolución acusada no quebranta el orden jurídico.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 6 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneidas Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA - Término/ **DOCUMENTOS** - Fax

No puede tenerse como fecha de prestación del documento la de recibo por fax en el Ministerio, toda vez que la remisión por este medio no prueba la presentación personal ante las oficinas del FER, menos aún cuando el fax que los transmitió no pertenecía al Fondo sino a la Lotería de Nariño, tampoco puede afirmarse que de la presentación de la renuncia exista plena prueba. Debe concluir la Sala que no existe certeza de cuál fue la fecha que en verdad se presentó la renuncia de la accionante y como ésta es la que debe servir de punto de partida para contar los treinta días a que se refiere el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, no le es posible a la jurisdicción declarar que la renuncia fue aceptada extemporáneamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 4977. Resoluciones Ministeriales. Actor: María Lidia Villota Villota.

Tanto la Nación-Ministerio de Educación Nacional como el señor Jorge Enrique Benavides Ascuntar interpone recurso de apelación contra la sentencia de 22 de febrero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño para decidir el proceso iniciado por la señora María Lidia Villota Villota, a fin de que se declarara nula la Resolución No. 01757 de 14 de marzo de 1989, mediante la cual el señor Ministro de Educación Nacional aceptó la renuncia por ella presentada.

ANTECEDENTES

Afirmó la demandante en su libelo, que el 24 de noviembre de 1988 había presentado renuncia irrevocable del cargo de Delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional del Departamento de Nariño, y que le había sido aceptada el día 14 de marzo de 1989, es decir, extemporáneamente.

Como normas violadas invocó: el artículo 62 de la Constitución Nacional y los artículos 112 y 113 del Decreto 1950 de 1973.

El concepto de la violación expuesto por el señor apoderado de la demandante se redujo a la transcripción de dichas normas, agregando: "Lo anterior me releva de mayores comentarios sobre el particular, puesto que la prueba documental que acompaño, es decir la nota de dimisión y la Resolución cuestionada, expedida en marzo de 1989 y que acepta una renuncia con retroactividad al primero de diciembre de 1988, lo demuestran fehacientemente".

Cita en su apoyo jurisprudencia del Consejo de Estado y doctrina.

LA SENTENCIA APELADA

El Magistrado conductor del proceso estimó que el asunto era de puro derecho, negó el decreto de algunas pruebas y ofició al Ministerio de Educación pidiendo copia auténtica del escrito de renuncia presentado por la demandante, con la constancia de recibo de ese Ministerio y su radicación.

El Tribunal, aceptó el hecho de la presentación de la renuncia ante el Fondo Educativo Regional de Nariño el 24 de noviembre de 1988 por encontrarse sellada la copia que la actora aportó con la demanda y expreso:

> "Presume la Sala que por conducto del Fondo Educativo Regional, se presentó la renuncia: luego, fue esta entidad por intermedio de sus agentes, quien no envió en su debida oportunidad la renuncia de la demandante. No se puede concebir que la actora haya retardado el envío configurado una renuncia con carácter retroactivo,es decir, renunciar con fecha 14 de marzo de 1989, un cargo a partir del 1o. de diciembre de 1988. En tales condiciones la administración incurrió en negligencia administrativa por no haber aceptado la renuncia de la demandante en tiempo oportuno."

Por esta razón, aceptó las súplicas de la demanda.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Tanto el señor Jorge Benavides Ascuntar como la Nación -Ministerio de Educación Nacional- por medio de sus apoderados solicitan la revocatoria de la

sentencia para que en su lugar se niegen la súplicas de la demanda por estas razones:

a) Porque el Tribunal parte de un hecho inexistente o no probado, es decir, que se hubiese presentado la renuncia ante algún funcionario del Fondo Educativo Regional de Nariño el 24 de noviembre de 1988.

Agrega el primero de los recurrentes, que en esa fecha la actora presentó la renuncia pero se la entregó a un señor Darío Martínez Betancourt e incumplió el deber de enviarla al Ministerio de Educación Nacional.

b) Porque el Tribunal ni mencionó ni tuvo en cuenta una certificación del Ministerio de Educación Nacional sobre la fecha de presentación de la renuncia,según la cual ese documento fue recibido en el Ministerio el 22 de febrero de 1989 a través del telefax de la Lotería de Nariño.

c) Porque consideran que es inconcebible jurídicamente que exista para alguna autoridad la obligación de decidir sobre un asunto aunque no se tenga conocimiento de él.

A su vez la señora María Lidia Villota por medio de apoderado se opone a la prosperidad de recurso y relata algunos hechos para resaltar que ella no envió el mencionado Fax al Ministerio de Educación sino que entregó su carta de renuncia en el Fondo Educativo Regional de Nariño el 24 de noviembre de 1988 con el fin de que desde allí se remitiera al Ministerio y le fuera aceptada con efectos fiscales a partir del 1o. de diciembre del citado año. Que si el FER no remitió la mencionada carta al Ministerio es circunstancia ajena a su voluntad pero que no desdibuja o impide la aplicación del artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, pues el Ministerio no podía prorrogar por sí ante sí los perentorios términos de que disponía para proceder a la aceptación.

Añade que es preciso tener en cuenta que un telefax no tiene la virtualidad de suplir una nota de presentación personal de una carta de renuncia como para predicar que la manisfestación de voluntad, y el consentimiento fueron expresados con fecha cierta.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado solicita en su concepto, revocar la sentencia apelada y negar las súplicas de la demanda, porque resulta evidente que la prueba en que se basó el *a-quo* para acceder a las pretensiones "no tenía la virtualidad suficiente para desechar la presunción de legalidad que cobija a la resolución impugnada, por cuanto, conforme se dejó anotado, la misma carece de fecha y de la autoridad ante la cual fue presentada".

Opina que el único elemento de juicio que obra dentro del informativo tendiente a aclarar los hechos de la controversia, es la copia del Fax (fl. 48) en cuya parte superior se constata que la renuncia fue recibida en el Ministerio de Educación Nacional el 22 de febrero de 1989.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata en el presente caso de dilucidar la legalidad de la aceptación de un renuncia que fue tachada por la parte actora de extemporánea, a términos del artículo 113 del Decreto 1950 de 1973.

La realidad procesal indica que la señora María Lidia Villota Villota presentó renuncia irrevocable del cargo de delegada ante el Fondo Educativo Regional de Nariño, pero se ignora la fecha de presentación de la renuncia y la autoridad ante la cual la entregó.

Dice la actora haberla presentado el 24 de noviembre de 1988, para que se hiciera efectiva el 1o. de diciembre de ese año pero lo único que se logró establecer fue que al Ministerio de Educación llegó por Fax el 22 de febrero de 1989.

Y si bien es cierto que no puede tenerse como fecha de presentación del documento la de recibo por Fax en el Ministerio, toda vez que la remisión por este medio no prueba la presentación personal ante las oficinas del Fondo Educativo Regional, menos aún cuando el Fax que lo transmitió no pertenecía al Fondo sino a la Lotería de Nariño, tampoco puede afirmarse que de la presentación de la renuncia el día 24 de noviembre de 1988 exista plena prueba, pues como bien lo anota la señora Fiscal de la Corporación, el sello que Tribunal estimó como prueba de ella, no corresponde al de recepción, sino que es el de la propia funcionaria firmante del documento.

Debe concluir entonces la Sala, que no existe certeza de cuál fue la fecha en que en verdad se presentó la renuncia de la accionante y como ésta es la que debe servir de punto de partida para contar los treinta días a que se refiere el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, no le es posible a la jurisdicción, como lo solicitó la demandante, declarar que la renuncia fue aceptada extemporáneamente.

Cabe anotar que no es regular que el Ministerio de Educación el 14 de marzo de 1989 haya aceptado la renuncia con efectividad al 1o. de diciembre de 1988, fecha anterior al día en que fue recibida pero esta circunstancia no puede ser examinada poque no fue invocada por la impugnante como *causa petendi* de su pretensión. El hecho aducido como razón de la violación del artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 no fue la aceptación retroactiva de la renuncia, sino el transcurso de un lapso mayor de treinta días entre la fecha de presentación de ésta y su aceptación, hecho que como ya observó la Sala, no fue demostrado.

El examen oficioso de cuestiones no planteadas en el libelo es contrario al principio de justicia rogada propio de la jurisdicción contenciosa administrativa, en la que no es posible anular un acto sino por violación de normas invocadas por el demandante y por el concepto de violación por él expuesto.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

Revocase la sentencia apelada. En su lugar deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis(6) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Salvo voto; *Alvaro Lecompte Luna,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA - Término (Salvamento de voto)

Si bien es cierto en la demanda se plantea la extemporaneidad del acto de aceptación de la renuncia de la actora por haber transcurrido más de 30 días contados a partir de su presentación, y esa fecha de presentación no fue demostrada dentro del proceso, considero que el juez está autorizado para interpretar el libelo, dentro de los límites permitidos y trazados por la cita de las disposiciones invocadas como infringidas. La cita del artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 permitía, a mi juicio, el estudio acerca de la oportunidad de la aceptación de una renuncia. Si la aceptación de una renuncia resulta extemporánea cuando la fecha que se determine para el retiro del empleado sobrepasa los 30 días contados a partir de su presentación, también lo será si la que se fije para el retiro es anterior a la fecha de su presentación.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia : Expediente No. 4977. Actora: María Lidia Villota Villota.

En forma respetuosa me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

Si bien es cierto en la demanda se plantea la extemporaneidad del acto de aceptación de la renuncia de la Señora María Lidia Villota Villota por haber transcurrido más de 30 días contados a partir de su presentación, y esa fecha de presentación no fue demostrada dentro del proceso, considero que el Juez está

autorizado para interpretar el libelo, dentro de los límites permitidos y trazados por la cita de las disposiciones invocadas como infringidas.

En el presente caso se citaron los artículos 62 de la Constitución Política y 112 y 113 del Decreto 1950 de 1973.

La cita del artículo 113 del Decreto 1950 de 1973 permitía, a mi juicio, el estudio acerca de la oportunidad de la aceptación de una renuncia, aun desde un punto de vista no planteado claramente por la actora.

En efecto, si la aceptación de una renuncia resulta extemporánea cuando la fecha que se determine para el retiro del empleado sobrepasa los 30 días contados a partir de su presentación, también lo será si la que se fije para el retiro es anterior a la fecha de su presentación.

Una aceptación en tal sentido resulta a todas luces, no solo contraria a la ley sino a la realidad de los hechos, pues un empleado que ha venido laborando, como lo hizo la actora, no renuncia a su cargo con retroactividad.

Es entonces el acto mismo acusado el que está mostrando al aceptar la renuncia de la señora Villota Villota con efectividad al 1o. de diciembre de 1988, que esta existía antes de esa fecha, dado que no es posible aceptar renuncias no presentadas. Y obviamente entre el 1o. de diciembre de 1988 y el 14 de marzo de 1989, transcurrieron más de 30 días.

En mi opinión, el Ministerio de Educación no ha debido aceptar una renuncia en esas circunstancias, sin tener siquiera certeza sobre la fecha de su presentación, haciéndola retroactiva a diciembre de 1988, cuando la que se hubiera presentado, ya para 14 de marzo de 1989 -fecha de la aceptación- había perdido validez.

Por lo anterior, no comparto la decisión adoptada.

Clara Forero de Castro.

APORTES PARAFISCALES/ SENA - Aportes/ **MINISTERIO DE TRABAJO/ COMPETENCIA**

Este aporte no tiene los caracteres que identifican a los impuestos. Pese a su carácter obligatorio, no es propiamente un impuesto; a diferencia de éstos, que no traen al contribuyente una contraprestación directa y tangible, el aporte se traduce en la utilidad potencial derivada de la formación profesional que imparte el SENA a los trabajadores de la empresas aportantes, lo que a la postre redunda en beneficio de la productividad de las mismas. La exoneración del aporte es atribución del Ministerio de Trabajo y mientras no se produzca mantienen validez las decisiones que sobre la materia adopte el SENA.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente:*Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1717. Reconstrucción Unica Instancia. Actor: Puertos de Colombia.

La Empresa Puertos de Colombia a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, en demanda presentada ante esta Corporación el 12 de agosto de 1983 (fls. 39 a 48), solicita "la nulidad de las Resoluciones números 2537 de noviembre 18 de 1982, 1268 de abril 18 de 1983, proferida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje 'Sena', las cuales ordenan a Puertos de Colombia el pago de $66.746.040, a favor de la citada Entidad, y la Resolución No. 01573 de mayo 5 de 1983, proferida por el Jefe de División de Estudio y Control de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, la cual negó la solicitud de exoneración al pagó

de los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje 'Sena' presentada por la Empresa por el año de 1980" (fl. 39), y que en su lugar se disponga que Puertos de Colombia "tiene derecho a que se le exonere de aportar al Servicio Nacional de Aprendizaje 'Sena' durante el año de 1980, conforme lo establece el art. 21 del Decreto 118 del 21 de junio de 1957."(fl. 39).

Los hechos en que se fundamentan las anteriores pretenciones se sintetizan así (fls. 39 a 44):

A - Mediante Resolución números 2357 de 18 de noviembre de 1982 (fls. 8 a 11) y 1268 de 18 de abril de 1983 (fls. 12 a 16), el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" ordenó a la Empresa demandante pagarle, por concepto de los aportes causados en la vigencia de 1980, la suma de $66.746.040.oo.

B - En memorial radicado el 25 de febrero de 1982, Puertos de Colombia solicitó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se le exonerara de la obligación legal de aportar al "SENA" el 2% del valor de la nómina mensual, conforme lo prevé el artículo 21 del Decreto 118 de 1957, en razón de que la aplicación del mencionado Decreto para efectos de aportes al "SENA" ponía en grave peligro la estabilidad económica de "COLPUERTOS".

C - El Ministerio, pese a que las pruebas aportadas por la Empresa eran suficientes, negó la anterior petición por medio de la Resolución No. 01573 del 5 de mayo de 1983 (fls. 18 a 32), la cual fue legalmente notificada por edicto, "sin dar oportunidad de hacer uno de los recursos legales quedando ejecutoriada y agotada la vía gubernativa, según art. 13 del Decreto 2733 de 1959." (fl. 43).

D - "Al haber sido notificada legalmente por edicto la Resolución No. 01573 de mayo 5 de 1983 y al no ser susceptible en la actualidad de ninguno de los recursos establecidos en el art. 13 del Decreto 2733 de 1959, debe declararse agotada la vía gubernativa, y por consiguiente susceptible la demanda ante el H. Consejo de Estado." (fl. 44).

Como única disposición violada por los actos acusados, se citó en la demanda el artículo 21 del Decreto No. 118 de 1957, que faculta al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para exonerar, en todo o en parte, de los aportes al SENA a los patronos que comprueben que su aplicación pone en peligro su estabilidad económica. Agrega la empresa demandante que el Ministerio... "se negó a escuchar las insistentes súplicas de la Empresa Puertos de Colombia, y no quiso entrar a estudiar el clarísimo estado de las cosas, que colocan a la Empresa en imposibilidad económica de pagar al Servicio Nacional de Aprendizaje 'SENA' los aportes correspondientes al año de 1980, ..."(fl. 45).

Reconstruido el expediente por auto de 7 de diciembre de 1988 (fl. 104), se señaló que quedaba en estado de disponer el traslado al Ministerio Público para concepto de fondo.

El fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su vista reglamentaria expuso:

"Pretende la demandante la declaratoria de nulidad de las resoluciones números 2537 de noviembre 18 de 1982 y 1268 de abril 18 de 1982 (sic), proferidas por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje 'SENA' y No. 01573 de mayo 5 de 1983, proferido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La primera inquietud que suscita la demanda que nos ocupa es la de que en ella se acumule una impugnación a un acto de carácter impositivo y que, como tal, daba lugar dentro de la legislación coetánea a la presentación de la demanda (agosto 12 de 1983) a un juicio de impuestos, regulado, a la sazón, por los artículos 271 y s.s. de la Ley 167 de 1941, con el ataque a otro acto, este sí impugnable a la luz de la norma que en la demanda se cita como soporte de la acción incoada, el art. 67 *ibídem*. Este último acto, discutiblemente si daba lugar a esa clase de acción, aunque, estrictamente, se trata de una expresión de voluntad administrativa de carácter fiscal que se niega a exonerar del pago de aportes, tributo o contribución. De todos modos, así planteada la cuestión, la acumulación indebida de pretensiones es patente y, en consecuencia, estima esta Fiscalía que el caso debe despacharse mediante un fallo inhibitorio." (fl. 106).

Agotado el trámite respectivo y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero definir el aspecto planteado por el Ministerio Público, que, como se ha visto, encuentra una indebida acumulación de pretensiones por acumularse "una impugnación a un acto de carácter impositivo y que, como tal daba lugar dentro de la legislación coetánea a la presentación de la demanda (agosto 12 de 1983) a un juicio de impuestos, regulado a la sazón por los artículos 271 y s.s. de la Ley 167 de 1941, con el ataque a otro acto, éste sí impugnable a la luz de la norma que en la demanda se cita como soporte de la acción incoada, el art. 67 *ibídem*." (fl. 106).

Ahora bien, no tiene este aporte los caracteres que identifican a los impuestos. Pese a su carácter obligatorio, no es propiamente un impuesto: a diferencia de éstos, que no traen al contribuyente una contraprestación directa y tangible, el aporte se traduce en la utilidad potencial derivada de la formación profesional que imparte el SENA a los trabajadores de las empresas aportantes, lo que a la postre redunda en beneficio de la productividad de las mismas.

De otra parte, no aparece definido el carácter impositivo en el Decreto 118 de 1957, que creó el SENA y cuyo artículo 8° expresa:

"Créase el servicio nacional de aprendizaje *a cargo de los patronos* a que se refiere el artículo anterior."

Declarado lo anterior, corresponde definir la legalidad de los actos enjuiciados, a la luz de las censuras que a los mismos se hacen en la demanda.

Respecto de las Resoluciones 2537 de noviembre 18 de 1982 y 1268 de abril 18 de 1983 expedidos por el SENA, la impugnación gira en torno al precepto del artículo 21 del Decreto 118 de 1957, que es del siguiente tenor:

"El Ministerio de Trabajo podrá exonerar, en todo o en parte, del cumplimiento del presente decreto, a los patronos que comprueben que su aplicación pone en grave peligro su estabilidad económica. Tales exoneraciones se concederán para períodos no mayores de un año, a juicio del Ministerio, y serán revisables en cualquier momento, de oficio o a petición de parte."

Si bien se miran las cosas, la pretensión de anulación de estos actos administrativos no puede encontrar soporte en la norma invocada pues las situaciones no guardan entre sí relación alguna. La exoneración, que es lo que se pretende, es atribución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y, mientras no se produzca, mantienen validez las decisiones que sobre la materia adopta el SENA.

Acerca de estas decisiones no ofrece la demanda argumento alguno respecto de su legalidad que pudiera ser base para la invalidación. No es el caso, por lo tanto, de oir a la empresa accionante sobre este aspecto del enjuiciamiento.

Por lo que hace a la Resolución 1573 de mayo 5 de 1983, es pertinente transcribir lo que en la demanda se afirma en cuanto al agotamiento de la vía gubernativa:

"La Resolución No. 01576 (sic) de mayo 5 de 1983 que puso fin a la actuación administrativa, fué notificada por edicto, sin dar oportunidad de hacer uso de los recursos legales, quedando ejecutoriada y agotada la vía gubernativa, según el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959.

...

Según lo establecen la norma legal y la jurisprudencia anteriormente citadas, se deduce que al haber sido notificada legalmente por edicto la Resolución No. 01576 (sic) de mayo 5 de 1983 y al no ser susceptible en la actualidad de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 13 del Decreto 2733 de 1959, debe declararse agotada la vía gubernativa y por consiguiente susceptible de demanda ante el H. Consejo de Estado." (fl. 43-44).

Ahora bien, si como expresa la propia entidad demandante la resolución del Ministerio del Trabajo fue notificada *legalmente* por edicto, obvio es que en su oportunidad debieron interponerse los recursos procedentes y obvio es también

que *actualmente* no es susceptible de ningún recurso pues éstos tienen términos de preclusión.

De otra parte, el que una decisión se notifique por edicto no implica, como lo pretende la accionante, que no se diese oportunidad de hacer uso de los recursos. Expresa, en efecto, el artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, a la sazón vigente.

> "Si no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia."

Por lo demás, no hay constancia de que ciertamente se hubiera impedido a la parte interesada recurrir contra la referida decisión administrativa.

En tal virtud, no habiéndose impugnado oportunamente la Resolución No. 1573 de 1983, proferida por el jefe de la división de Estudio y Control de la Seguridad Social del Ministerio del Trabajo, la cual admitía recursos, como allí mismo se expresa, es el caso de concluir que no se agotó la vía gubernativa, requisito previo para el acceso a esta jurisdicción.

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

FALLA:

1o. Declárase la inhibición para proferir fallo de mérito respecto de la Resolución No. 1573 de mayo 5 de 1983, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2o. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 6 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RENUNCIA - Presentación

Si bien es cierto que en ninguno de los apartes de la comunicación presentada se consignó la palabra renuncia, dimisión u otro término que por sí mismo considerado tenga esta significación, los términos en que se redactó son indicativos de que el accionante pensaba retirarse de la entidad y expresa indudablemente el deseo de aquél de hacer dejación del cargo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente 430. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: Gustavo Soler Salazar.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 5 de febrero de 1982, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Gustavo Soler Salazar contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-.

ANTECEDENTES

El 2 de julio de 1979 el señor Gustavo Soler Salazar, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el mencionado Tribunal solicitando la nulidad de la Resolución No. 04400 del 28 de noviembre de 1978, expedida por la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-, por medio de la cual se aceptó la renuncia del cargo de Director Regional 14, del Proyecto Cundina-

marca No. 2. Además como consecuencia de dicha nulidad, pidió se le restableciera en el respectivo derecho.

Fundamentó sus pretensiones el actor, en la inexistencia de su dimisión, apoyada en el criterio de que su escrito de 31 de octubre de 1978 (fl. 83), no expresa el deseo de retirarse del servicio, sino que contiene la manifestación de contribuir con la realización de la restructuración de la entidad "poniéndole a su disposición el cargo de Director Regional". Adujo igualmente que aún aceptando que hubiera renunciado, la dimisión no tendría efectos por haber sido presentada bajo presión y por último, que su aceptación fue extemporánea.

El *a-quo* estimó que del texto del documento y de las declaraciones del Doctor Fabián Gonzalo Pérez Cardona, Secretario General titular y Gerente Encargado del INCORA en la época que se expidió el acto acusado, "no hay duda que se trata de una renuncia no sólo en cuanto al testigo así lo afirma sino también del sentido de la totalidad del contenido de la comunicación remitida por el actor al Gerente General". (fl. 7).

De igual manera, el Tribunal no aceptó los planteamientos del demandante en el sentido de que, admitiendo que se tratara de una renuncia, ésta "no tendría efectos jurídicos por cuanto el dimitente obró bajo presión", en razón a que se consideró que, de acuerdo con la prueba testimonial referida, el gerente titular de la entidad demandada, contrariamente a lo aseverado por el accionante, no le solicitó su renuncia, sino que por el contrario según conoció el deponente "el actor prometió renunciar, motivo por lo cual fue encargado de recordarle los términos de la promesa" (fl. 7). De donde concluyó el fallador de primera instancia que no hubo coacción o presión indebida "no sólo porque el mismo declarante es enfático en afirmar que él no solicitó la renuncia a ningún funcionario, sino también porque no le constan los términos en que se produjo la reunión privada que sostuvieron el Gerente del Incora y el accionante". (fl. 7 y 8).

Finalmente, afirma el *a-quo* que la renuncia no fue aceptada irregularmente por haber transcurrido más de los treinta días que señala la Ley para ese efecto, porque de acuerdo con la realidad procesal el escrito de dimisión está fechado el 31 de octubre de 1978 y fue aceptada el 30 de noviembre de ese mismo año, esto es, dentro del término referido y que "el hecho de que se hubiese aceptado a partir del 29 de diciembre de 1978, no refleja otra cosa distinta a un gentil gesto del Director quien respectó la solicitud de vacaciones que por dos períodos anuales tenía derecho el actor y en su lugar de ordenar su compensación, determinó aceptar la renuncia al finalizar el período vacacional, sin que ello implique que la renuncia no fuera aceptada y comunicada su aceptación al funcionario dimitente oportunamente". (fl. 8).

Reconstruido el expediente mediante auto de 26 de marzo de 1987 (fls. 31 a 33) quedó en estado de dictar sentencia, a lo cual se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El recurrente solicita se revoque la sentencia del *a-quo* que denegó sus pretensiones y que en su lugar se acceda a ellas, con fundamento en lo siguiente:

"a) En el escrito en el cual el actor supuestamente presentó renuncia del cargo, no se expresa inequívocamente la intención de separarse del servicio, toda vez que en dicho escrito no se habla de renuncia, sino de PONER A DISPOSICION DE LA GERENCIA EL CARGO, lo cual indica que bien era posible que se trasladara al funcionario a otra dependencia de la institución, más no que se le separara del cargo.

b) La renuncia no fue voluntaria. Con las declaraciones que se recepcionaron dentro del proceso se acredita de manera indubitable que el actor no tenía la intención de dejar su cargo, pues la renuncia no sólo se le exigió, sino que obedecía a una política generalizada de la Gerencia General de separar del servicio a los antiguos funcionarios para colocar fichas políticas. Además, el demandante estaba en vía de adquirir su derecho a la pensión de jubilación y no podía pensarse que sacrificara éste, de manera deliberada.

Resulta absurdo imaginar que un funcionario de 51 años de edad que le ha prestado sus servicios al Estado en cargos de responsabilidad y confianza, por más de 19 años desee voluntariamente abandonar el servicio público, echando por la borda sus posibilidades de jubilación.

c) La renuncia fue aceptada por fuera del término prescrito por el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973. Me parecen demasiado artificiales e imaginativos los argumentos del Tribunal para concluir que la aceptación de la renuncia se produjo en tiempo, ya que la norma mencionada no da para tantas especulaciones. La norma es perentoria en el sentido de que 'Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, QUE NO PODRA SER POSTERIOR A TREINTA (30) DIAS DE SU PRESENTACION'."(fls.18 y 19).

Examinará la Sala si realmente, como se sostiene en el fallo impugnado, el oficio que dió origen a la expedición del acto demandado expresa inequívocamente la voluntad del actor de retirarse del servicio público.

Es cierto que en ninguno de los apartes de la referida comunicación se consignó la palabra renuncia, dimisión u otro término que por sí mismo considerado tenga esta significación, pero también lo es que la expresión "me permito poner a su disposición el cargo de Director Regional que durante diez años he venido desempeñando...", aunada a otras contenidas en ese escrito, entre ellos "Durante este importante lapso de mi vida, en el cual me he ceñido a la Ley de Reforma Agraria..." refiriéndose al período en que se desempeñó como Director Regional y "...hago votos sinceros por su exitosa labor en el Incora...", que

tienen el sabor de despedida, en criterio de la Sala, son indicativos de que el accionante pensaba retirarse de la entidad y expresa indudablemente el deseo de aquel de hacer dejación del cargo que, conforme a su dicho, hacía más de una década ocupaba.

Es inaceptable, como lo pretende el demandante, entender el contenido total del oficio objeto de los anteriores comentarios, como una manifestación de la voluntad del accionante de retirarse sólo del aludido cargo y no del Incora y a la vez tomarlo como una declaración de su íntimo deseo de continuar prestando sus servicios a la entidad demanadada en otro cargo de igual o superior categoría, porque ello sí equivaldría a dar a dicha comunicación una significación que ni siquiera aparece insinuada en ella, la cual únicamente podría colegirse a través de una interpretación acomodaticia de su texto, porque de la expresión "pongo a su disposición el cargo de Director General"no puede inferirse "per se" que el accionante pretendía seguir vinculado al Instituto mencionado. Si ese era el deseo del actor debió indicarlo clara y expresamente, porque la verdad es que se quedó corto en los términos mediante los cuales, supuestamente, quiso transmitir su recóndita intención de no separarse del servicio público.

Por tanto, es incuestionable que el oficio visible a folio 84 contiene, sin lugar a dudas, la manifestación de la voluntad del demandante de dimitir del cargo que ocupaba.

En lo atinente a la aseveración del recurrente en el sentido de que su renuncia no fue voluntaria sino que fue solicitada por la autoridad nominadora, la Sala encuentra que las pruebas aportadas al proceso, entre las cuales se hallan los testimonios de Enrique Soler Fajardo (fls. 89 a 91), Hugues Manuel Hernández Hinojosa (fls. 93 y 94) y Fabián Gonzalo Pérez Cardona (fls. 108 a 111), no se puede establecer inequívocamente que el Gerente General del Incora, en forma directa, o por intermedio de otra persona, hubiera solicitado al demandante su dimisión.

En efecto, el testigo primeramente mencionado declaró que tuvo conocimiento de que para efectuar una reestructuración en las Directivas del Instituto "la Secretaría General por intermedio de su Secretario, estaba comunicándose especialmente con los gerentes regionales para que presentaran sus renuncias a la Gerencia con el fin de que éste tomara la determinación de retirarlos o dejarlos en sus cargos. Lo anterior lo supe en razón de las conversaciones y comentarios que se realizaban en las sesiones de la Comisión de Personal que estaba integrada entre otros por el mismo Secretario General del Incora". (fl. 90). Obsérvese que no asevera haber obtenido directamente del Secretario General dicha información, sólo dice haberse enterado de tales hechos en las reuniones de la Comisión de Personal a la cual asistió el mencionado funcionario, pero en ningún momento atribuye a éste directamente tal manifestación. Conclúyase, entonces, que estos hechos no le constan directamente al deponente, ni los conoció por el dicho de la persona que, según él, cumplía la tarea de requerir de los Directores Regionales su renuncia, de ahí que su testimonio de oídas no tenga valor probatorio suficiente.

En relación con el segundo testigo, aun cuando tajantemente expresa "Le solicitaron la renuncia. Igualmente como ya se estipuló que se acostumbraba en la época", para la Sala su declaración sólo expresa una presunción de que ello ocurrió así y además el hecho de que según su relato, por la misma época él fue retirado del Incora y por tal razón hubo de demandar a la entidad, desdice de su imparcialidad al deponer y resta credibilidad a su testimonio.

Finalmente, el doctor Pérez Cardona al ser interrogado por la Consejera Ponente luego de manifestar que no recordaba lo sucedido en relación con la renuncia del doctor Soler Salazar por haber pasado más de 10 años de su ocurrencia, manifestó que las declaraciones que se le leyeron y que, según la sentencia recurrida, rindió ante el Tribunal, las dio porque "en la época en que hice la declaración en el Tribunal, tenía más frescos en mi memoria los hechos que habían sucedido dos o tres años antes". (fl. 110)

En esa oportunidad, de acuerdo con la transcripción que se hizo en el fallo, el Gerente titular del Incora, antes de viajar al exterior, le manifestó al doctor Pérez Cardona que en conversación sostenida con el accionante, éste la había ofrecido su renuncia, por lo cual, le solicitó llamar, en su condición de Gerente Encargado, al doctor Soler para recordarle los términos de dicha conversación, a lo cual procedió.

Derívase de esta declaración que el demandante había ofrecido al Gerente titular del Incora su dimisión, desconociéndose si lo hizo a solicitud o bajo presión de éste y que el doctor Pérez Cardona sólo le recordó hacer tal ofrecimiento, sin que por ello pueda afirmarse que el Secretario General, en nombre de la utoridad nominadora le hubiera presionado para adoptar esa decisión o que el titular de la Gerencia General hubiera observado igual conducta con el actor.

Por manera que, no encuentra la Sala probada la existencia de alguna presión que pudiera viciar el consentimiento de quien presentó renuncia en términos que no denotan carencia de libertad.

Finalmente, la Corporación no encuentra que la Resolución No. 4400 de 28 de noviembre de 1978 (fl. 82), por medio de la cual se acepta la renuncia del actor, viole los artículos 27 y 113 de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, porque aun cuando en la comunicación del 31 de octubre de 1978, el actor no señaló fecha alguna a partir de la cual la adminstración debía aceptar su renuncia, con fecha anterior, el 26 de octubre, él mismo había solicitado las vacaciones corespondientes a dos años de servicio (fl. 87), pidiendo se las concedieran a partir del siguiente 1o. de diciembre. de lo cual se colige que la Gerencia General al aceptar la renuncia el 28 de noviembre de 1978, a partir del 29 de diciembre, "fecha hasta la cual usted disfrutará de las vacaciones concedidas con antelación mediante Resolución P. 4110 del 10 de noviembre del año en curso" como se le manifestó en el oficio de 30 de noviembre en el que se le comunicó la aceptación de la dimisión.

De manera que, como lo expresó el Tribunal, la adminstración al diferir la vigencia del retiro simplemente respetó la voluntad del empleado.

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

FALLA

Confírmase la sentencia de 5 de febrero de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso instaurado por Gustavo Soler Salazar contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas B., Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS - Nombramiento/ **SUPERINTENDENTE DE NOTARIADO Y REGISTRO/ COMPETENCIA**

Con posterioridad a los Decretos Extraordinarios 1250 y 2156 de 1970, en parte reglamentados por el Decreto 2554 de 1974, fue expedido el Decreto Extraordinario 2695 de 1977 y el que lo derogó, el 1659 de 1978, normatividad esta última en arreglo con la cual el nominador de los Registradores de Instrumentos Públicos es el Superintendente de Notariado y Registro, pudiendo inclusive delegar en los de Cabecera de Circuito el nombramiento y remoción de los registradores de las Oficinas Seccionales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., marzo veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 731. Recurso de Anulación. Actor: Jaime Hernando Pacheco Ulloa.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Superintendencia de Notariado y Registro contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 10 de julio de 1985, que declaró la nulidad de los actos de nombramiento y confirmación del señor Luis Rodríguez Vargas como Registrador de Instrumentos Públicos, Seccional Duitama, ordenó el reintrego del señor Jaime Hernando Pacheco Ulloa y el pago de los haberes dejados de percibir.

La sentencia impugnada. Con fundamento en que el nombramiento de los registradores de las oficinas seccionales corresponde al Registrador de la respectiva cabecera de circuito, según los mandatos del Decreto 2554 de 1974, y no al Superintendente de Notariado y Registro, a quien le compete la confirmación,

según el literal p) del artículo 11 del Decreto 1659 de 1978, el tribunal de instancia declaró la nulidad del nombramiento hecho a Luis Rodríguez Vargas como Registrador de Instrumentos Públicos, Seccional de Duitama y ordenó el reintegro del demandante JAIME HERNANDO PACHECO ULLOA.

El recurso. Se acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 6, 11, literales f), j) y p), 27 y 38 del Decreto Extraordinario 1659 de 1978.

En la argumentación demostrativa del cargo se afirma que el Decreto 2554 de 1974 fue derogado por el 1659 mencionado, porque este estatuto dispuso que las oficinas de registro son dependencias de aquella Superintendencia (art. 27), cuyo personal es nombrado y removido por el Superintendente (art. 11, literal f), quien puede delegar en los Registradores de Instrumentos Públicos de cabecera de círculo el nombramiento y remoción de los Registradores de las oficinas Seccionales, pero cuya confirmación sí le corresponde (literal p) *ibídem*).

La vista Fiscal. El Ministerio Público en su concepto de fondo concluye en el sentido de que le asiste razón a la parte recurrente y que, consecuentemente, se impone la anulación de la sentencia recurrida (fls. 52 a 54).

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte recurrente obtuvo la reconstrucción del recurso.

Llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Es cierto que cuando las oficinas de Registro no eran dependencias de la respectiva Superintendencia, bajo la normatividad de los Decretos Extraordinarios 1250 y 2156 de 1970, que en parte fueron reglamentados por el Decreto 2554 de 1974, el nombramiento de los Registradores de Instrumentos Públicos debía llevarse a cabo atendiendo a la competencia nominadora establecida en dichos estatutos.

Pero, con posterioridad fue expedido el Decreto Extraordinario 2695 de 1977 y el que lo derogó, el 1659 de 1978, normatividad esta última con arreglo a la cual el nominador de los Registradores de Instrumentos Públicos es el Superintendente de Notariado y Registro, pudiendo inclusive delegar en los de Cabecera de Círculo el nombramiento y remoción de los Registradores de las oficinas Seccionales, como atinadamente lo plantea la censura y lo prohija el Ministerio Público (artículos 6, 27, 11, literales f) y j) del Decreto Extraordinario 1659 de 1978).

Además, al mismo Superintendente le corresponde la confirmación del nombramiento de los registradores, de donde se infiere que tal competencia confir-

matoria debe cumplirse cuando directamente dicho funcionario hace el nombramiento o cuando le es dable delegar esta función, como se vio anteriormente.

Si todo lo anterior es así, verifica la Sala que el cargo formulado debe prosperar, pues, el Tribunal de instancia como se dijo, tuvo en cuenta para declarar la nulidad pedida la normatividad del Decreto Reglamentario 2554 de 1974 que se encontraba sin vigencia, por haber sido derogada la legislación anterior reglamentada que establecía otra competencia para el nombramiento de los registradores de instrumentos públicos, concretamente la establecida en los Decretos Extraordinarios 1250 y 2156 de 1970.

Consecuentemente, la Sala anulará la sentencia impugnada y, teniendo en cuenta que para dictar la decisión que la sustituya, por tratarse de un asunto de puro derecho, no requiere de la reconstrucción del proceso de instancia, negará las peticiones del demandante JAIME HERNANDO PACHECO ULLOA, quien según lo relata la sentencia del Tribunal, apoya sus peticiones en la normatividad reglamentaria del mencionado Decreto 2554 de 1974, que como se vio anteriomente, no era aplicable al nombramiento del Registrador de Instrumentos Públicos de la Oficina Seccional de Duitama, señor Luis Rodríguez Vargas, llevado a cabo mediante la Resolución 1911 del 8 de junio de 1981 del Superintendente de Notariado y Registro.

El mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

ANULASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 10 de julio de 1985, dictada en el proceso promovido por JAIME HERNADO PACHECO ULLOA y, en su lugar, se dispone:

NIEGANSE las pretensiones formuladas por el señor JAIME HERNANDO PACHECO ULLOA de nulidad de nombramiento y comfirmación del señor Luis Rodríguez Vargas como Registrador de Instrumentos Públicos de Duitama, contenidos en la Resoluciones 1911 y 2410 de 1981, expedidas por el Superintendente de Notariado y Registro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal mencionado.

Aprobado en la Sala el día 13 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SECCION TERCERA

BANCO DE LA REPUBLICA - Naturaleza/ **JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA**

Dada la forma de su constitución y las funciones que desarrolla, el Banco de la República es el órgano a través del cual se ejerce la soberanía monetaria de poner en circulación la moneda legal y como tal, junto con el Congreso y la Junta Monetaria, creada por éste, constituyen lo que se puede llamar la Rama del Poder Público a través de la cual el Estado cumple primordialmente la función de regulación e intervención económica. No corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer del conflicto de intereses que se plantea en la demanda, pues ellos deben ser desatados por la justicia ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expediente No. 6391. Actor: Jairo Alberto Solano Pérez. Demandado: Banco de la República.

- 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 de la parte actora, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el día cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa (1990), que inadmitió la demanda por las razones que se precisan en los considerandos del referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la providencia, en la cual se discurre dentro del siguiente universo:

"En orden a decidir acerca de la admisión de la demanda, se hacen estas previas consideraciones:

"1o. El Art. 86 del C.C.A.(subrogado por el Art. 16 del Decreto 2304 de 1989) consagra la acción de reparación directa, y al efecto establece:

"La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa de la petición sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos".

"Estudiado el libelo, claramente se observa que no se dá ninguno de los supuestos fácticos que contempla la norma transcrita para incoar la acción de reparación directa. En efecto, según los hechos allí relacionados se hace saber que el demandante fue objeto de una denuncia penal por parte del señor Jorge Eliécer Niño Contreras en su calidad de Director Técnico del Departamento de Protección y Seguridad de dicha Entidad, sucursal de Barranquilla.

"Que en el proceso penal respectivo se oyó en indagatoria al implicado y en él se constituyó parte civil el Banco de la República.

"Que el procesado fue privado de la libertad durante 45 días y más tarde se dictó a su favor de cesación de procedimiento por inexistencia del delito investigado.

"En el libelo se anota igualmente que con motivo de los hechos denunciados el actor fue desvinculado laboralmente de la entidad demandada.

"Por consiguiente, estima el demandante que con su proceder el Banco de la República le causó perjuicios que deben ser indemnizados en la suma de cincuenta millones de pesos, desde que se produjo el daño (9 de junio de 1988) hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

"2o. De acuerdo con la relación de los hechos, se advierte que la entidad bancaria demandada actúo en cumplimiento de un deber legal (Art. 19 del C. de P.P.), al denunciar ante la justicia penal la presunta comisión de un hecho punible, resultando sindicado el señor Jairo Alberto Solano Pérez.

"Ahora bien, la acción de denunciar, como se dijo antes, constituye un deber legal para toda persona natural o jurídica, así como un derecho el de constituírse parte civil en el respectivo procesal penal, sin que ese actuar guarde

relación alguna con el servicio, los fines, cometidos o funciones administrativas, en este evento, del Banco de la República.

"En consecuencia, la denuncia formulada ante la justicia penal y la constitución de parte civil, sólo alcanzarían a generar una responsabilidad civil más no administrativa, porque ésta sólo se estructura a partir de una falla del servicio a cargo de la respectiva entidad estatal, lo cual no ha ocurrido en este asunto.

"Por consiguiente, en sentir de la Sala, no compete a esta jurisdicción el conocimiento de la demanda, y por ello debe darse aplicación al Art.143 del C.C.A." (folio 9 a 10 Cdno. No.1).

- II -
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 12 y siguiente del Cuaderno No.1, obra el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"Se fundamenta la demanda en que una entidad administrativa -el Banco de la República- por medio de un hecho injustificado -un denuncio penal temerario expresamente presentado contra el demandante- causó un perjuicio a dicho demandante detención preventiva 45 días, pérdida del empleo en la entidad denunciante, pago de honorarios de defensa penal, daños morales y en que tal hecho y tal perjuicio generan el obligatorio pago de una indemnización.

"El proveído del Honorable Tribunal Administrativo del Atlántico que hoy apelo inadmitió la demanda en cuestión con base en dos consideraciones:

"1o. El denuncio penal presentado por el Banco de la República por intermedio del Sub Director Técnico del Departamento de Protección y Seguridad del Banco y los perjuicios alegados que tal denuncio produjo, a pesar de ser temerario, no estructuran ninguno de los supuestos que contiene el Art. 86 del C.C.A. para poder incoar la acción de Reparación Directa.

"2o. La entidad bancaria actuó en cumplimiento de un deber legal al denunciar ante la justicia penal la comisión del delito que al ser investigado resultó en la detención del demandante. Tal cumplimiento de un deber legal no puede generar indemnización alguna.

"Al respecto objeta esta Fiscalía:

"1o. Los hechos y circunstancias en que se fundamenta la demanda son, si se prueba su existencia, más que suficientes para estructurar un caso de

Reparación Directa. *Si* el Banco de la República presentó un denuncio penal contra el demandante, *si* tal denuncio penal fue temerario, infundamentado, y además presentado específicamente contra la persona del demandante, *si* de dicho denuncio penal temerario se desprendieron daños económicos y morales contra el denunciado, es entonces obvio que nos encontramos ante un caso de indemnización generada por un hecho de la administración. Que el Banco de la República es una entidad administrativa está establecido. Que el denuncio penal susodicho se presentó, está establecido. Que produjo tal denuncio al menos los daños de 45 días de detención y de despido del empleo del demandante, está establecido.

"Queda por probar que el despido del cargo se produjo como consecuencia del denuncio penal y de la detención preventiva, pero tal prueba será o deberá ser aportada en el curso del juicio. Queda por probar que el denuncio no fue para investigar los hechos y que la subsiguiente investigación condujo a sindicar al demandante, sino que el denuncio se presentó expresamente contra la persona del demandante, esto es, que se debe probar que el denuncio hecho por el banco no fue para encontrar a un autor del delito, sino que se hizo directamente contra la persona de un empleado -resultando- luego que tal denuncio expreso y directo fue temerario puesto que dicho empleado denunciado resultó relevado de responsabilidad; pero tal prueba debe ser obtenida en el momento oportuno durante el juicio. También queda por probar que efectivamente el denuncio penal resulta temerario definitivamente, esto es, que el demandante queda completamente desvinculado de la investigación penal correspondiente; porque, ya que el asunto penal en cuestión se encuentra aún en etapa de apelación respecto al auto de Cesación de Procedimiento contra el sindicado demandante, tenemos que aún queda por establecer -siempre dentro del debido juicio administrativo- que en efecto el denuncio penal expresamente presentado contra dicho demandante resultó temerario en el fondo.

"Es importante aclarar que si el denuncio penal hubiese sido presentado para averiguar los hechos y los autores, y el hoy demandante hubiese resultado sindicado dentro de tal investigación, ninguna indemnización podría hoy reclamar. En Colombia no existe aún la indemnización por los errores judiciales en el campo penal. Pero que la tal denuncia penal se dirigiera expresamente contra un empleado del Banco, y al final de cuentas resultara que tal empleado quedara libre de toda responsabilidad y vinculación respecto al delito investigado, estructura la posibilidad de un hecho injustificado de la Administración el cual, además, produjo perjuicios.

"2o. La entidad bancaria, ciertamente, actuó en cumplimiento de un deber legal al denunciar penalmente un delito. Pero no actuó en cumplimiento de un deber legal al denunciar temerariamente y en forma expresa a uno de sus empleados. No es deber legal el denunciar penalmente a las personas sin tener las pruebas suficientes para que tal persona sea detenida preventiva-

mente, para que tal persona sea despedida de su cargo. El Honorable Tribunal del Atlántico en su auto expresa:

"... al denunciar ante la justicia penal la presunta comisión de un hecho punible, RESULTANDO SINDICADO el señor "Jairo Alberto Solano Pérez". (Mayúsculas nuestras).

"Pero en los documentos que inicialmente se aportan con la demanda no aparece claramente que de la investigación iniciada con base en un denuncio genérico resultara posteriormente sindicado el empleado hoy demandante. Simplemente el certificado del Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal radicado expresa que el Sub Director Técnico del Departamento de Protección y Seguridad del Banco "presentó denuncia dentro de estas sumarias". Mientras que el demandante alega que la denuncia -que muy probablemente se compruebe que fue temeraria- fue hecha expresamente contra su persona.

"Y no se objete que el carácter de temeridad o no temeridad de un denuncio penal no puede depender de un fallo posterior a tal denuncio y su pertinente investigación. Porque si esa denuncia se dirigió expresamente a sindicar a una persona, y de la investigación resulta un fallo que desvincula total y completamente a tal persona del delito investigado, se impone la conclusión de que hay una alta probabilidad de que desde el comienzo la sindicación contra tal persona estuviese incompleta y mal fundamentada. De lo contrario el fallo hubiese sido de "SOBRESEIMIENTO TEMPORAL" o de su equivalente procesal actual, y no hubiese sido -como lo comprobamos en el expediente- un fallo de "CESACION DE PROCEDIMIENTO". Por último, si al final de cuentas el tantas veces citado denuncio penal fue o no fue temerario, es materia que debe decirse en el juicio administrativo con base en lo que aparezca dentro de la investigación penal. Tal decisión habra de determinarse si es o nó pertinente la indemnización que se pide. Pero no se puede cercenar de entrada la posibilidad de que, en efecto, el Estado haya causado un perjuicio injustificado y deba pagar por ello. (folios 12 a 14 Cdno. No. 1).

- III -
CONSIDERACIONES DE LA SALA:

A) La providencia en virtud de la cual se inadmitió la demanda será confirmada pero por razones distintas a las expuestas por el *a-quo*. En efecto: El Banco de la República, de acuerdo con la ley, es "...una entidad de derecho público económico, pues se trata del Banco Emisor previsto en la Constitución Política, que dada su autonomía administrativa especial, en razón de las funciones que cumple, es un órgano del Estado pero de naturaleza única. No forma parte de la estructura orgánica de la Rama Legislativa ni de la Rama Jurisdiccional. Tampoco hace parte como dependencia o sección, de un ministerio o de un departamento

administrativo, órganos éstos que constituyen el sector central de la Rama Ejecutiva del Poder Público (Decreto Ley 1050 de 1968).

En síntesis, dada la forma de su constitución y las funciones que desarrolla, el Banco de la República es el órgano a través del cual se ejerce la soberanía monetaria de poner en circulación la moneda legal y como tal, junto con el Congreso y la Junta Monetaria, creada por éste, constituyen lo que se puede llamar la Rama del Poder Público, a través de la cual el Estado cumple primordialmente la función de regulación e intervención económica. *El Banco no es un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o una sociedad de economía mixta porque no obstante tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, no tiene las características de las personas jurídicas que integran el sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Poder Público".* (El Banco de la República. Antecedentes, Evolución y Estructura- 1990" (Subrayas de la Sala).

B) Dentro del mismo marco doctrinario discurrió el Consejo de Estado en providencias de 17 de julio de 1987, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado y de 23 de mayo de 1989, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Proceso No. A-054, Consejero Ponente Dra. Consuelo Sarria Olcos, en las cuales, en su orden, se lee:

> "El Banco de la República no es un establecimiento Público encargado de atender funciones administrativas conforme a las reglas del derecho público, de los que define el artículo 5° del Decreto 1050 de 1968, sino una "entidad de derecho público económico y de naturaleza única" según el Decreto 0386 de 1982, que, además, precisa el origen constitucional de la entidad como ente de derecho público económico, se repite. Está organizado como sociedad por acciones y tiene autonomía administrativa especial, personería jurídica y patrimonio independiente; ejerce con exclusividad el atributo de emisión del Estado, es el guardián de la reservas internacionales del país y el ejecutor de la política monetaria. *Es pues el Banco de la República una entidad que no tiene en realidad una personería derivada de la Administración Pública, ni introduce en ella actos de carácter administrativo que no actúa en la esfera de la administración, sino que opera activamente en la esfera económica de la Nación en su condición de ejecutor de la política monetaria y crediticia y de la política de fomento del país y como entidad encargada del manejo de las reservas internacionales. Y POR ESTA NATURALEZA UNICA Y ESA AUTONOMIA QUE POSEE, AL BANCO DE LA REPUBLICA NO LE ES APLICABLE EL REGIMEN DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL DETERMINADO PRINCIPALMENTE POR LOS DECRETOS 1050, 2400, 3074, 3130 y 3135 de 1968 y 128, 130 y 150 de 1976, SEGUN REZA ARTICULO 2° DEL DECRETO EN MENCION"* (Sentencia 17 de 1987. Sección Primera. Expediente No. 01. Actor: Banco de la República (Subrayas de la Sala).

"El Banco de la República, como entidad de derecho público económico, de naturaleza única, realiza actividades de giro, depósito, descuento y redescuento, controla las reservas internacionales y con el carácter de entidad especializada forma parte del conjunto de organismos, a través de los cuales cumple el Estado con las funciones en materia económica, en la ejecución de las políticas establecidas por la Junta Monetaria". (Sentencia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Mayo 23 de 1989. Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

C) A la luz de la perspectiva jurídica que se deja estudiada, cabe concluir que no corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer del conflicto de intereses que se plantea en la demanda, pues ellos deben ser desatados por la justicia ordinaria.

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

RESUELVE:

1o. CONFIRMASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el día veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa (1990), pero por las razones dadas en los considerandos de la presente providencia.

2o. Ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.

Arturo Mora Villate, Secretario.

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO/ CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento

La Sala se inclina por la tesis de quienes predican que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado.

MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO

Uno de los principios que informan la ejecución contractual administrativa es el de *Mutabilidad,* en virtud del cual la administración pública "... tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo la ejecución de esos contratos y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Adminstrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 4739, 4642 y 5951. Actor: INCICON LTDA. Demandado: Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida el día veintiseis (26) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó las pretensiones enlistadas en las dos demandas, 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 fallo, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"A. ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Expediente No. 4739.

"PRIMERA. Es nula la Resolución No. 02397 del 23 de octubre de 1984, dictada por el Señor Director General del INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEREOLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS "HIMAT", "por la cual se impone una multa a la firma INGENIEROS CIVILES CONSTRUCTORES LTDA. "INCICON LTDA.", en cuantía de QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON 60/100 ($539.589.60).

"SEGUNDA. Es nula la Resolución No. 03023 del 27 de diciembre de 1984, dictada por el señor Director del INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA Y METEREOLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS "HIMAT", por la cual se confirma en todas sus partes, el contenido de la Resolución No. 02397 del 23 de octubre de 1984, dictada por el mismo funcionario.

"TERCERA. Consecuencialmente restablézcase en su derecho a la firma INGENIEROS CIVILES CONSTRUCTORES LTDA. "INCICON LTDA.", disponiendo que el INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS, "HIMAT", deba pagar, ejecutoriada la sentencia, a la demandante, las siguientes o similares cantidades:

"a) La cantidad de QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON 60/100 ($539.589.60), valor de la multa hecha efectiva, en compensación, con créditos que existían a favor de "INCICON LTDA.";

"b) Los intereses comerciales corrientes sobre el valor de la multa, en el porcentaje que certifique la Superintendencia Bancaria, desde cuando se hizo efectiva la multa y hasta cuando se realice su restitución o reembolso; y

"c) Las anteriores cantidades deberán actualizarse a la época en que se dicte la sentencia, aplicando los principios de la corrección monetaria.

"CUARTA. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS, "HIMAT", deberá pagar a "INCICON LTDA.", cualquier otro perjuicio que resultare probado y cuantificado durante el plenario o durante el trámite incidental para liquidar la condena en abstracto."

"B. ACCION RELATIVA AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO No. 020/84. Expediente Nro. 4642.

"PRIMERA. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS "HIMAT", incumplió el Contrato No. 020/84 que lo vinculaba con la Sociedad "INCICON LTDA.".

"SEGUNDA. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS "HIMAT", es contractualmente responsable por el incumplimiento del Contrato 020/84 y de consiguiente debe indemnizar a la Sociedad "INCICON LTDA." todos los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, en la cuantía que se determinará durante el plenario o dentro del incidente de regulación.

"TERCERA. EL INSTITUTO COLOMBIANO DE HIDROLOGIA, METEOROLOGIA Y ADECUACION DE TIERRAS "HIMAT" debe pagar las costas del proceso a "INCICON LTDA.".

"FUNDAMENTOS DE LA ACCIONES.

"La Licitación SAT-052/83 del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-, para la construcción del carreteable paralelo al Canal Santos Gutiérrez, Distrito de Lebrija, Regional 11 -Santander, le fue adjudicada a la Sociedad INGENIEROS CIVILES CONSTRUCTORES LTDA. "INCICON LTDA.", mediante Resolución No. 00300 del 8 de febrero de 1984, por la suma de VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON 90/100 ($29.211.937.90) mcte., y un plazo de siete (7) meses.

"Según el Pliego de Condiciones, la Subdirección de Adecuación de Tierras del HIMAT, por intermedio de un interventor, vigilaría todo lo referente al desarrollo y cumplimiento del Contrato haciendo responsable a la Dirección Regional de Santander de las obras a realizarse dentro de su jurisdicción geográfica.

"La cuantificación de la obra realizada debía realizarse dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente a su ejecución, con asistencia del Interventor y del Contratista.

"El Contrato No. 020 para la construcción de la obra licitada, fue firmado el día 24 de febrero de 1984 y solemnizado con las formalidades legales.

"Por los días seis a ocho de marzo de 1984, se reunieron en Sabana de Torres los representantes de INCICON LTDA. con el Director de la Regional 11 del HIMAT. Ing. Luis Enrique Alarcón Rey, para definir la ejecución del Programa de Trabajo. Al día siguiente lo hacen con la Ing. Cecilia Ante para la aprobación de los procedimientos convenidos, quedando aprobado el programa de trabajo y ratificado el 12 de marzo por la Ing. Teresa Reyes. Este mismo día el Contratista aceptó iniciar las obras por solicitud que le hiciera el Ing. Norman Franco, Subdirector de Adecuación de Tierras, y éste fue informado de que el Residente de la obra sería el Ing. Carlos Iván García Rojas.

"El día 20 del mismo mes, el Contratista recibe el programa de trabajo definitivo y la notificación de no estar el diseño completo de la obra en Bogotá, pues debía estar en la Oficina de Bucaramanga, al día siguiente tampoco fueron encontrados en esta ciudad, ni en la Oficina de Sabana de Torres, manifestando el Ing. José Lombana al Contratista que tan solo existían los llamados "Planos de Licitación".

"Debido a esto, el Ing. Lombana premetió dos comisiones topográficas por cuenta del HIMAT para levantar el diseño y ordenó iniciar los trabajos el 26 de marzo, sin los diseños y sin el pago del anticipo.

"En los días anteriores al 26, el Contratista se instaló con su personal traído de Neiva (H.), en Sabana de Torres, y recibieron nuevamente la notificación de que no existía el diseño de la obra, pero que tenían en el kilómetro cero una placa B.M. como punto de referencia, y, como no acudieron las comisiones topográficas prometidas, se autorizó a la Comisión de INCICON LTDA. para ejecutar el diseño de la obra mientras se solucionaba el problema con el Ing. Alarcón, iniciándose tales trabajos el día 26 de marzo.

"El día 28, ya con el Ing. Alarcón presente, se autorizó lo acordado con el Ing. Lombana y se le manifestó al Contratista que se le pagaría aparte del Contrato, el trabajo del diseño de campo y también que en su carácter de Interventor de la obra el Ing. Alarcón, nombraba como Residente de Interventoría al Ing. Lombana. Durante el mismo día los Ingenieros del HIMAT no pudieron localizar los lugares para las obras de mampostería por lo cual el personal de la obra permaneció cesante del dos al nueve de abril de 1984.

"El día once (11) de abril de 1984, el Contratista recibe en Bogotá de manos del HIMAT, el anticipo pactado en el Contrato 020 por valor de OCHO

MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON 37/100 ($8'763.581.37) MCTE., y comunica al Jefe de la Division de Ingeniería, Ing. Carlos Gómez, que no hay diseños de la obra ni comisiones topográficas del HIMAT, y solicita se informe la manera como se les va a remunerar. Además, pide cambio del Interventor por no permanecer en la obra, y del Residente por incapaz.

"El 13 de abril se abrió el libro de VITACORA, esto es, el diario de la obra.

"En los días siguientes se volvieron a presentar obstáculos por parte del HIMAT para el cumplimiento del Contrato, y, al no lograr solución a los problemas se dio queja al Director General del HIMAT el día 1o. de octubre de 1984. Se señala que hubo carencia de Interventoría porque el Ing. Alarcón vivía en Bucaramanga y no atendía sus funciones como interventor y que su delegado el Ing. Lombana no tomaba decisiones por falta de autorización.

"La falta de los planos y diseños de la obra y las alteraciones en las cantidades y calidades de los diversos items, se constituyeron en contratiempos para la ejecución normal de la obra. La longitud total del carreteable resultó mayor en un diez por ciento; se ordenó por el Himat la construcción de un BOX CULVERT más grande que el anunciado; de siete alcantarillas programadas resultaron veintidós (22), observándose la falta de seriedad del HIMAT, quien mediante oficio 11. 16-0737 de julio 16/84 solicita al Ing., residente de INCICON LTDA. una cotización por el levantamieno topográfico en el carreteable.

"La interventoría no cumplía con el deber de recibir las obras pues no tenía comisión topográfica para medirlas a tiempo y los pagos se hacían a INCICON LTDA. extemporáneamente. No se pudo hacer un plan de trabajo para la obra por falta del diseño general, y la desorganización llegó a tanto que el Director de la Regional 11 solicitó al Director General la modificación del Contrato en cuantía y plazo.

"El incumplimiento del HIMAT y los obstáculos enumerados, llevaron a "INCICON LTDA. a sustraerse en el cumplimiento del Contrato, por lo cual el 24 de septiembre de 1984 se vio precisada a levantar sus maquinarias y personal del lugar de la obra, pues, la carga económica en que fue situada por el HIMAT, así se lo imponía".

"Mediante Resolución No. 2397 del 23 de octubre de 1984, el HIMAT impone al Contratista una multa por QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON 60/100 ($539.589.60). Esta Resolución fue objeto del recurso de Reposición interpuesto dentro del término, y fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución No. 03023 del 27 de diciembre de 1984, confirmando la No. 02397.

"El contrato fue adjudicado nuevamente y con mayor plazo y cuantía, al Ing. Carlos Alberto Gómez, lo cual demuestra el tratamiento discriminatorio, por tratarse de un exfuncionario del HIMAT.

"El Contrato 020 entre el HIMAT e INCICON LTDA., vencía el 16 de noviembre de 1984, y ante el incumplimiento del Contratista se hizo cargo de la obra la Compañía Seguros del Estado que subcontrató con el Ing. Carlos Alberto Gómez, "conviniendo distintas cantidades de obra, distintos precios, y, en general, distintas condiciones y términos a los que habían regido para con la firma INCICON LTDA.".

"Pese a lo anterior, el HIMAT no procedió a la liquidación del Contrato 020/84 como era su obligación, negándose a elaborar el acta de la obra ejecutada durante el mes de septiembre de 1984 y las de reajustes de precios, por lo cual INCICON LTDA. no podía presentar las cuentas de cobro.

"Cuando se hicieron las actas respectivas, fueron arbitrariamente rebajadas por el HIMAT, las de septiembre, y el total de las de trabajo realizado por el Contratista junto con las de Reajuste sumaron OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL NOVENTA PESOS CON 59/100 ($8.848.090.59) MCTE.

"El pago del trabajo hecho por el Ing. de INCICON LTDA, Carlos Iván García, sobre el diseño y levantamiento topográfico para el carreteable, fue pagado durante 1985, cuando ya había terminado la relación Contratual.

"FUDAMENTOS DE DERECHO, NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

"En el proceso No. 4739: Arts. 16, 17, 30 y 32 de la C.N.; Arts. 1602 y 1609 del C.C.

"En el proceso Nro. 4642: Decreto 222 de 1983; Arts. 1494, 1502, 1602, 1609 y demás pertinentes del Código Civil; Arts. 132 y siguientes del C.C.A.

"El HIMAT, en vez de proteger los bienes de INCICON, le impuso una multa injusta por faltas inexistentes; violó la libertad de trabajo al no colocar a su alcance los medios a que estaba obligado oportunamente como decía el contrato; impidió que INCICON lograra alcanzar los derechos adquiridos con justo título por medio del contrato firmado; e impidió la realización de la obra contratada sin respetar la libertad de empresa y la inciativa privada".

"Las normas del Código Civil, porque el HIMAT no respetó "la regla de oro de la contratación" "al esgrimir falsos motivos para imponer una multa, quedando INCICON, por el imcumplimiento del HIMAT, facultado para suspender las obras."...

"1. LA PARTE DEMANDANTE.

"Analiza separadamente las demandas.

"A. EXPEDIENTE NUMERO 4739.

"Manifiesta que están dados los presupuestos dentro del expediente para la anulación de los actos acusados expedidos por el HIMAT, por cuanto los motivos de las resoluciones sólo tuvieron ocurrencia por el incumplimiento del HIMAT desde la misma iniciación de la obra al no entregar a INCICON los diseños y planos de la misma, ya que no existían y no pudieron ser entregados cuando se requerían.

"Sustenta lo anterior señalando que el Director General del HIMAT solicitó al Ing. Residente de INCICON, Carlos Iván García, mediante Oficio 11.16-0737 del 16 de julio de 1984 la cotización para el levantamiento topográfico del carreteable; y en que "mediante Oficio 110 de mayo 30 de 1984 se le hizo entrea al contratista de los diseños definitivos de la obra; el levantamiento topográfico fue adelantado por el Ing. Carlos Iván García, residente de la firma INCICON LTDA.", como consta en la resolución 03023, lo cual demuestra que los diseños de la obra fueron entregados ochenta (80) días después de que el HIMAT autorizara la ejecución del programa de trabajo definitivo y cuarenta y cuatro días después de levantada el acta de iniciación de las obras.

"Ataca los planteamientos hechos por el Ing. Luis Enrique Alarcón Rey en su declaración, con fundamento en las anteriores apreciaciones, pues que son distintos los planos de Licitación a los planos de obra.

"Fuera de lo anterior, manifiesta que hubo carencia total de Interventoría, aumento desmesurado en las cantidades de obra y en la longitud de la vía como quedó demostrado en el peritazgo.

"Resalta la declaración de Carlos Iván García Rojas, por la importancia que tienen los planos de diseño y las carteras respectivas, para la iniciación de la obra.

"Concluye que no cabe duda de la negligencia del HIMAT, la cual llevó al contratista a acogerse al Art. 1609 del Código Civil absteniéndose de cumplir también sus obligaciones, para indicar que el HIMAT no tenía motivos para imponer multa a INCICON. En cuanto a la Excepción de Caducidad, indica que ya se resolvió al desatar el recurso de reposición, y solicita que se declare la nulidad de los actos demandados y se restablezca en su derecho a INCICON LTDA.

"B. EXPEDIENTE NUMERO 4.642.

"Señala la apoderada de INCICON LTDA., que para probar el incumplimiento por parte del HIMAT del Contrato 020, sin necesidad de repetir, se remite a sus anteriores párrafos.

"Que se deben tener en cuenta los dictámenes periciales, tanto el que versa sobre la ejecución de la obra como el que lo hace sobre los perjuicios y concluye solicitando también que se acepten las súplicas de la demanda.

"2. LA PARTE DEMANDADA.

"Hace un recuento de las peticiones en las dos demandas y de las pruebas practicadas, para proceder al análisis correspondiente que se extracta de la siguiente manera.

"El Contratista se desplazó hasta el lugar de la obra en Sabana de Torres a mediados del mes de marzo de 1984, por iniciativa propia, cuando su obligación era hacerlo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en la cual el HIMAT le ordenara la iniciación de las obras. Sin embargo, a finales del mes le fueron facilitados los planos correspondientes para el replanteamiento de la vía con el fin de que pudieran hacer los movimientos de tierra.

"INCICON inició las obras el día 26 de marzo de 1984, pero el acta de iniciación de la obra tan solo se firmó el 16 de abril siguiente con la constancia de que recibían todos los planos del diseño de la obra y de que el equipo consistía en una camioneta, una volqueta y un vibrocompactador.

"En los días siguientes a la firma del acta empezaron las quejas de INCICON reclamando los documentos, planos y diseños que ya se le habían entregado. Prueba de ello hay en las declaraciones recibidas.

"Lógicamente, anota por las declaraciones, que para elaborar la propuesta ya se tenían definidas las cantidades de obra, y para la realización de los diferentes ítems era indispensable el diseño y los planos con las referencias de localización de los diferentes sitios; cuya ubicación posterior se efectúa en conjunto para que luego el contratista haga el replanteamiento de la obra cuyo fin es demarcar las zonas de desmonte y limpieza que preceden al descapote y por último a los cortes o terraplenes que se necesitan, razones por las cuales se concluye que sí existían los planos y diseños y el levantamiento topográfico hechos por el HIMAT, los cuales fueron entregados al contratista.

"En resumen, que la comisión topográfica de INCICON LTDA. nada tuvo que ver con los diseños, planos y levantamiento topográfico de la obra, sino en el replanteo necesario para poder desarrollar los trabajos después de la fecha de iniciación de la obra el 16 de abril de 1984, replanteo que adelantó INCICON por su propia cuenta antes de tal fecha y sobre los cuales fue que se les pidió más tarde cotización, no por el Director General del HIMAT sino por el Regional.

"Además, el HIMAT sí tenía comisión topográfica en el sitio de la obra, para recibir el trabajo que se tenía que medir por cantidades de obra y para vigilar sobre el terreno esos trabajos. Pero esa comisión no pudo intervenir en el replanteo y por esa razón se le pagó esa parte a INCICON LTDA.

"La situación de haberse aumentado la cantidad de obra, estaba prevista en el Contrato y en la Licitación, y no solo eso, sino que el HIMAT podía hacer cambios necesarios y convenientes y al aumentarse la obra el contratista podía y debía solicitar una prórroga justificada del contrato, ante el Interventor.

"Las cantidades de obra pactadas eran aproximadas, total, que podían aumentar o disminuir, como consta en el formulario de precios unitarios.

"El Contratista, inexplicablemente se abstuvo de solicitar adiciones al valor del contrato y al plazo, siendo que el aumento en el volumen de los trabajos y la longitud de la obra se lo hacían posible; pero prefirió incumplir con la entrega en el plazo pactado.

"Otros problemas se presentaron porque los contratistas querían iniciar la obra por la parte más alta, siendo que la orden del HIMAT era en el sentido de iniciarlas por lo más bajo ya que las razones técnicas así lo indican para estas obras; también los hubo por los sitios de explotación del material de préstamo para construir los terraplenes, que fueron cambiados tres veces.

"De otra parte, se enredaron en los trámites para fijar precios no previstos en la construcción de un puente Canal de mayores dimensiones en el cruce del D-1, pues nunca llegaron a firmar el acta; es más, aprovechando el verano del mes de junio se les solicitó que aportaran más personal a la obra pero por el contrario, les dieron quince días de Licencia para pasar las fiestas de San Pedro en Neiva, con lo cual se retrasaron más en el cumplimiento del programa del trabajo acordado para la obra y nunca presentaron las cantidades de obra realizadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, como estaba previsto, para poder hacer las actas de recibo, porque el Director de la obra que era el Gerente de INCICON LTDA. no se presentaba al lugar de los trabajos sino dos o tres días al mes, motivo por el cual las actas se tuvieron que hacer sobre cantidades aproximadas, hasta cuando se verificaba con la comisión del HIMAT para el control de la obra.

"Por último, dice que lo más grave está probado plenamente por el abandono de las obras que efectuó el contratista, lo cual motivó que se le impusiera la multa.

"Señala que no se debe reconocer suma alguna de las que arrojaron los peritazgos, ya que fue INCICON LTDA. la firma que incumplió el contrato 020 de 1984, ocasionando graves perjuicios al HIMAT, y que además son irreales las cifras en dinero y las cantidades de los movimientos de tierras,

pues en este caso los peritos no tenían los instrumentos idóneos para realizar su trabajo y en el de los dineros, tomaron sumas que solo corresponden a gastos de INCICON LTDA. que no afectan al Contrato.

"Tras el incumplimiento por parte de INCICON, Seguros del Estado como garante se hizo cargo del cumplimiento del Contrato 020/84 y lógicamente, por el incumplimiento que existió, tan solo se modificó el tiempo de iniciación y el de terminación, pero que todo se hizo dentro de los términos pactados en el contrato original con INCICON LTDA., pues siguió operando el mismo.

"Lo que existió fue una subrogación del Contrato, sin modificaciones en los precios unitarios.

"Manifiesta la apoderada del HIMAT, que en esta forma queda demostrado el incumplimiento del contrato 020/84 por parte del Contratista INCICON LTDA., y que debe absolverse a su patrocinado de todos los cargos."...

"EJECUCION DEL CONTRATO.

"De conformidad con el clausulado del contrato, su ejecución se iniciaría dentro de los quince (15) días siguientes a la orden de iniciación de las obras, la cual se dio por el HIMAT mediante comunicación 04863 del 16 de abril de 1984. Folio 191.

"Con anterioridad a esta fecha, INCICON LTDA. había designado como Director de obra al Ing. Oscar Fernández Torrente, mediante comunicación CE-014 de marzo 12 de 1984, (Fl.207 ANT) y desde el día 5 había solicitado la variación del programa de inversión del anticipo con el fin de comprar un equipo de compactación. (Fl. 204 ANT.).

"Cabe anotar que dentro del programa figura la inversión de $1.500.000.oo para transporte de la maquinaria, consistente en:

"2 Bulldozer; 1 Cargador; 1 Motoniveladora; 1 Equipo de Compactación y 6 Volquetas. (Fl. 205 ANT.).

"El 13 de marzo el HIMAT comunica al Contratista que le fueron aprobadas las Pólizas tomadas a la Compañía Seguros del Estado, y le hace entrega del ANTICIPO mediante orden de Pago por valor de $8.763.581.37. (Fl.198 ANT).

"El 15 de marzo fue nombrado, mediante Resolución 00632 del HIMAT, el Ing. Luis Enrique Alarcón Rey, como INTERVENTOR del contrato, (Fol. 195 ANT.) y el dos de abril es autorizada la variación del programa de inversión para la compra del Vibrocompactador. (Fl.192 ANT).

"EL ACTA DE INICIACION DE LAS OBRAS aparece firmada el día 16 de abril de 1984 por el Interventor y por el Gerente de INCICON LTDA., en ella se dice: "I. se realizó una visita conjunta al sitio de la obra, en la cual se hizo referencia al desarrollo de este contrato y se le indicó la referencia topográfica inicial para la localización de la obra. Se le entregaron los siguientes documentos: Planos de diseño de obras. Planos de diseño de la vía. II. Maquinaria y personal disponible por parte del Contratista. 1 Volqueta; 1 Camioneta; 1 Vibrocompactador autopropulsado; 1 Ingeniero Residente; 10 Obreros." (Fl. 218 Exp. 4642).

"Si recordamos lo que se programó para transportar cuando la variación en el programa de inversión, encontramos una gran diferencia, pues los elementos en el documento visible al folio 205 Ant. son de número considerablemente mayor.

"En escrito del 25 de abril de 1984 el Gerente de INCICON LTDA. manifiesta al Subdirector de Adecuación de Tierras: que recibió la orden de iniciación de obras a partir del 16 de abril y que es imposible comenzarla por cuanto el 20 de marzo solicitó las carteras y los planos que hacen parte del contrato según la cláusula segunda y que no los dieron por no haber sido encontrados; que ellos están haciendo ese trabajo y en ocho días más lo terminan. Dice que el programa detallado de trabajo fue presentado en su oportunidad y aprobado tras ser sustentado, por la doctora Cecilia Ante y el Dr. Héctor Helí Martínez. Además da cuenta de que la vía no es de K 11+560, sino que oscila entre K 13+000 y K 13+500. (folio 184 Ant.).

"En la carta del cuatro (4) de mayo siguiente, el Gerente de INCICON LTDA. manifiesta que el cuatro de mayo, día viernes, firmaron el acta de iniciación de las obras como un acto de buena voluntad para no entorpecer el desarrollo del Contrato, y a continuación expone los problemas así: Que no se les dio la referencia topográfica para la localización de la obra, como se dice en el Acta de Iniciación de Obra, sino la referencia para iniciar el levantamiento topográfico por cuanto la entidad no posee las Carteras que hacen parte del contrato y que al no encontrarlas se les autorizó a hacerlas y que ya se entregaron nueve (9) Kilómetros. Que el veinticinco de abril en Bogotá habían acordado que no se haría el acta de Iniciación de la Obra hasta que no existieran los volúmenes y cantidades de obra tanto del objeto inicial del contrato como del Kilómetro adicional. Vuelve a repetir que el Ing. Alarcón les solicitó firmar el acta de Iniciación de Obra el cuatro de mayo pero con fecha diez y seis (16) de abril de 1984, y que no les quedó otro remedio que firmar el acta. (Fol. 189-190 Ant.).

"Punto a debatir, entonces, es el de la fecha de la firma del acta de Iniciación de Obra. Si fue el 4 de mayo o el 16 de abril de 1984.

"Cree la Sala que la firma del Acta de Iniciación de obra fue el 16 de abril de 1984. Se desprende del contenido de las dos cartas anteriores enviadas

por INCICON LTDA. a través de su Gerente al HIMAT, por cuanto en abril 25 afirman haber entregado ya cinco (5) Kilómetros del Levantamiento topográfico; y en mayo cuatro (4) ya manifiestan haber entregado nueve (9) Kilómetros del trabajo, para el cual necesitaban la referencia topográfica inicial para la localización de la obra. Otro punto a tener en cuenta, es el de que en el Acta de Iniciación no dejaron los firmantes constancia alguna que indique su inconformidad con lo allí señalado, como debía haberse hecho si la fecha y el contenido no eran ciertos.

"En el Acta para evaluar programación y desarrollo del programa del Contrato se dice lo siguiente por parte de los funcionarios del HIMAT que la hicieron el día 10 de mayo de 1984 en Sabana de Torres: "El acta de Iniciación del Contrato, se suscribió con fecha 16 de abril de 1984." "En visita efectuada el pasado 5 de mayo se definieron y determinaron las obras entre el K 3+000 y el K 11+560.". Se ordena que el Carreteable sea construido de abajo hacia arriba, y que se presente el Programa de Trabajo con las modificaciones que se le han exigido. Esta acta no pudo ser firmada por un Ingeniero de INCICON LTDA., porque no se hallaba ninguno presente en la obra. (Fl.179-181 ANT.).

"En las cartas que se han citado, enviadas por INCICON, se ha resaltado la buena labor desempeñada por el Interventor del HIMAT.

"El primer pago por los trabajos ejecutados consta en la Orden de Pago No. 2056 del 31 de mayo de 1984 con valor neto de $557.694.78, correspondiente al Acta No. 2 de Recibo de Obra. (Fl. 178 ANT.).

"Acta No. 3 de Recibo de Obra, Orden de Pago 2388, valor neto $884.552.55, del 9 de julio de 1984. (Fl.159 ANT.).

"Acta No. 4 de Recibo de Obra, Orden de Pago 2548, valor neto $1.557.130.86, del 6 de agosto de 1984. (Fl.155 ANT.).

"Acta No. 5 de Recibo de Obra, Orden de Pago 2801, valor neto $1.731.899.78, del 23 de septiembre de 1984. (Fl. 89 ANT).

"Acta No. 6 de REAJUSTE al Acta No. 2. O.P. 2820, valor neto $58.641.75 del 26 de septiembre de 1984 (Fl. 81 ANT.).

"Acta No. 7 de REAJUSTE al Acta No. 3. O.P. 2819, valor neto $105.659.78 del 25 del septiembre de 1984 (Fl. 80 ANT.).

"Acta No. 8 de REAJUSTE al Acta No. 4.O.P.2818, valor neto $209.666.50, del 26 de septiembre de 1984 (Fl.79 ANT.).

"Acta No. 9 de Recibo de Obra, Orden de Pago 0659, valor neto $689.188.92, del 16 de abril de 1985. (Fl. 17 ANT.).

"Acta No. 10 de REAJUSTE al Acta No. 5. O.P. 0658 valor neto $468.630.46 del 2 de abril de 1985 (Fl. 14 ANT.).

"Acta No. 11 de REAJUSTE al Acta No. 9.O.P. 0657, valor neto $218.731.43, del 2 de abril de 1985. (Fl. 12 ANT.).

"Acta No. 12 de RELIQUIDACION DE PAGOS. O. P. 0995, valor neto $294.807.09, del 2 de abril de 1985 (Fl. 11 ANT.).

"Tanto las Actas de Recibo de Obra como las de reajuste mencionadas anteriormente, llevan la misma fecha de las Ordenes de Pago, pero no hay constancia en ninguna parte del expediente da la fecha en la cual fueron efectivamente pagadas. Por lo tanto, siendo suscritas las actas por el HIMAT e INCICON LTDA., y teniendo la misma fecha la Orden de Pago, no hay prueba conforme a lo estipulado en el Contrato, de que el HIMAT haya sido incumplido en los pagos o en la elaboración de las Actas.

"El lo. de junio de 1984, el HIMAT le solicita al Contratista la entrega del Nuevo Programa de Trabajo antes del 8 del junio. (Fl. 55 Expediente 4.642).

"El 4 de junio, con base en informes de la Interventoría el HIMAT solicita al Contratista agilizar las obras para que pueda dar cumplimiento al Programa de Trabajo; y el 29 de junio se le indican a INCICON los errores que tiene el programa de trabajo presentado el día 26, para que los corrija. (Fls. 166 y 167 ANT.).

"El día 16 de julio de 1984 le envían de la División de Ingeniería en Bogotá al Director de la Regional 11 el Programa de trabajo aprobado, para ser tenido en cuenta en el Diagrama de Flechas, Diagrama de Barras y utilización de recursos, Cuadro y gráfico indicativos de cantidad y valor de obra a ejecutar mensualmente, y, Calendario de trabajos, aprobación que le es comunicada también al Gerente de INCICON LTDA., en la misma fecha (Fl.164 ANT).

"El día 18 de julio, el Gerente de INCICON LTDA. da respuesta al oficio del 4 de junio, manifestando que la maquinaria ha estado parada tres meses en el sitio de la obra en espera de la entrega del diseño, carteras y planos que tan solo llegaron el 30 de mayo pero no las carteras; y alega otros factores como la dificultad para la explotación del material para los terraplanes y el fuerte invierno. (Fl. 163 ANT.).

"El 27 de julio responde el HIMAT al Contratista aclarando:

"Que desde hace un mes tienen varado un Bulldozer, y que desde el 24 de junio los obreros y operadores de máquinas se fueron para Neiva a Fiestas y se demoraron quince (15) días, "quedando totalmente abandonado el trabajo; y que la explotación de material ya se puede volver a hacer en la

finca la Porfía, pues pasó el invierno que lo impedía. En consecuencia, le solicitan reactivar el trabajo para dar cumplimiento al contrato. (Fl. 161 ANT.).

"Con respecto al cruce de cartas anterior, aprecia la Sala que si al día 18 de julio de 1984 o antes de esta fecha la maquinaria de INCICON LTDA. llevaba tres meses en el sitio de la obra en espera de los diseños, carteras y planos de Localización, de donde salió el trabajo realizado en el mes de mayo que consta en el Acta de Recibo de Obra 02 en la cual se incluyen trabajos de Descapote, Excavación en material común para estructuras, Concreto clase "E" Ciclópeo, Concreto clase "F" pobre; y, durante el mes de junio los trabajos de Descapote, Excavación de material común para estructuras, Terraplén con material de Préstamo Lateral, Terraplenes con Banco de Préstamo, y Acarreo Libre 1 Kilómetro, del acta de Recibo de Obra No. 03, si no les habían entregado el material necesario para iniciar tales trabajos.

"El 9 de agosto de 1984, INCICON LTDA. replica al HIMAT: Que el Bulldozer estuvo varado entre el 24 de junio y el 4 de julio y que tan solo viajó a sus casas el personal de maquinaria quedando el personal de mampostería trabajando. Informe que elaboró acta del mes de junio con fecha 9 de julio y que no han recibido el pago de las dos actas. (Folio 150 ANT.).

"Al respecto debe recordarse el contenido de la Cláusula Séptima que estatuye el término de hasta noventa (90) días a partir del recibo de la cuenta de cobro debidamente diligenciada, para pagar al Contratista el saldo después de los descuentos.

"En respuesta a la carta anterior de INCICON, con fecha 23 de agosto el HIMAT reitera todos sus planteamientos y le solicita "incrementar las fuentes de trabajo, con el fin de dar cumplimiento al plazo fijado en el contrato.". (Folio 148 ANT.).

"Con fechas 3 y 12 de septiembre de 1984, INCICON LTDA. expone al HIMAT los contratiempos que se han tenido en la ejecución de la obra, y le atribuye a éste el incumplimiento del contrato por la falta de diseños y proyecto para su ejecución y concluye que el ATRASO de la Obra se debe a: "a) Carencia de diseño y proyecto de ejecución real de la obra. b) Cumplimiento errático y parcial de la comisión topográfica. c) Hemos encontrado a lo largo de nuestra labor cantidades de obras muy superiores a las inicialmente previstas y contratadas, las que en virtud de las circunstancias hemos ejecutado como bien se puede constatar en las actas parciales de obra y que de seguir así generarán tropiezos y demoras.". En consecuencia sugiere al Subdirector de Adecuación de Tierras, a quien dirigió la carta, dar aplicación a la Cláusula Décima numeral B. (Folio 138 a 143 ANT.).

"Al respecto, el literal B, que no numeral como se cita, dice:

"Si por causa de los cambios se afecta el plazo, o los precios, o ambos, el HIMAT y el CONTRATISTA, acodarán previamente, mediante acta suscrita por el Interventor y éste, con el visto bueno de la Subdirección de Adecuación de Tierras los ajustes correspondientes." (Folio 33 Expediente 4.642).

"Concluye que de no ser así, se verán obligados a suspender la ejecución del contrato en virtud del fenómeno jurídico de la EXEPTIONOM (sic) ADIMPLETI CONTRACTUS.

"Desde el 24 de agosto, mediante Resolución 01911 del HIMAT había nombrado como interventor de la obra al Ing. Jairo Méndez Heredia. (Folio 153 ANT.). El 12 de septiembre, el Gerente de INCICON LTDA. manifiesta al Subdirector de Adecuación de Tierras, desde Neiva, que en reunión del 4 de septiembre con los Ingenieros Carlos Gómez, Héctor Helí Martínez, José Lombana y luego con él, expusieron los motivos para "solicitar pactar nuevos precios en los Items de Concreto 3000 P.S.I. y Acero de refuerzo.". Se ve claramente que el Interventor, persona llamada por el contrato para la Operación, no se encontraba presente en tal reunión. (Folio 137 ANT.).

"El Director de la Regional 11 del HIMAT, en carta del 17 de septiembre de 1984 dirigida al Gerente de INCICON, refuta uno a uno los cargos que hace en la carta del 3 de septiembre, apoyándose en que él fue el Interventor por la época de la iniciación de la obra y hasta el 24 de agosto. (Folio 134 ANT.).

"El 18 de septiembre el Director de la Regional No.11 envía al Subdirector de Adecuación de Tierras HIMAT copia de las cartas cruzadas con la firma INCICON LTDA., "para que esté enterado del proceder poco razonable de estos señores, los cuales por el solo hecho de solicitarle una explicación sobre los atrazos en la obra, deciden responder con una serie de apreciaciones que no se ajustan a la realidad.". (Folio 130 ANT.).

"El 20 de septiembre, el Subdirector de Adecuación de Tierras comunica al Gerente de INCICON LTDA. con respecto a la petición de nuevos precios unitarios, que debe reunirse con el Interventor para ponerse "de acuerdo en los rendimientos y valores unitarios del equipo, materiales y mano de obra, y una vez hayan acordado el precio unitario de los Items, deben proceder a la elaboración de un Acta de Precios No Previstos la cual debe llevar la firma del Interventor, Contratista, Jefe División de Ingeniería, Subdirector de Adecuación de Tierras y aprobación del Director General del HIMAT." (Folio 129 ANT.).

"El día 24 de septiembre de 1984, desde la ciudad de Neiva el Gerente de INCICON LTDA. se dirige al Subdirector de Adecuación de Tierras en Bogotá, quejándose del tratamiento que les han dado al no aceptarles los precios nuevos y por la obstaculización que les ha hecho la Regional 11,

motivos por los cuales comunica que *"hemos decidido suspender las labores en el K 4+00, sitio hasta donde dice la Interventoría que nos recibe."*. (Folio 127 ANT.).

"El mismo día 24 de septiembre de 1984, desde Sabana de Torres, el Director de la Regional 11 envía comunicación vía Telecom al Subdirector de Adecuación de Tierras en Bogotá del siguiente tenor: "INFORMELE QUE FIRMA INCICON LTDA. COMUNICO EN FORMA ESCRITA RECIBIDA EL 24 DE SEPTIEMBRE Y FIRMADA POR EL INGENIERO QUE ASIGNO PARA CONTROL DE LA OBRA CARLOS GARCIA NO CONTINUAR CON LA EJECUCION DE LA OBRA 020/84 SUSCRITO CON HIMAT RETIRO TOTAL DE MAQUINARIA Y PERSONAL ASIGNADO A ESTA OBRA LE SOLICITO INICIAR MEDIDAS QUE ESTIME CONVENIENTES." (Folio 125 ANT.).

"El 2 de octubre siguiente, el HIMAT solicita al Contratista explicaciones sobre la suspensión de la Obra, y en esta fecha se recibe carta del mismo día primero, en la cual acusa al HIMAT de incumplimiento y anuncia reclamación por daños y perjuicios. (Fol. 119 a 123 ANT.).

"El 17 de octubre, la Sudirección de Adecuación de Tierras envía memorando al Comité Central de Licitaciones, Adquisiciones y Contratos, en solicitud de multa por el incumplimiento del Contrato 020/84 suscrito con la firma INCICON. Hace los análisis pertinentes y de conformidad con la Cláusula Décimocuarta del Contrato, la recomienda por un valor de $539.589.66. (Folio 64 y 65 Expediente 4.642).

"El día 19 de octubre, el Director General de HIMAT comunica la situación del Contrato 020/84 al Departamento Jurídico de Seguros del Estado, Compañía Garante de la ejecución del Contrato, para que "informe si al tenor de lo dispuesto en el Art. Décimo Tercero del Capítulo Primero de la Resolución No. 08660 de 1981 de la Contraloría General de la República, aceptan continuar con la ejecución del Contrato, mediante cesión del mismo, previa confirmación del Contratista.". (Folio 66 Expediente No. 4.642).

"Previos los trámites legales conforme lo indican los considerandos, el HIMAT produjo la Resolución No. 02397 del 24 de octubre de 1984 por medio de la cual impuso a la firma INCICON LTDA. una multa por valor de $539.589.60 y ordenó hacerla efectiva descontándola de las cuentas pendientes a favor del Contratista, o de las garantías, o por jurisdicción coactiva llegado el caso. Indicó su notificación al representante legal de INCICON LTDA., la vigencia, el recurso y el terminó para interponerlo ante el Director General. (Folio 4 Expediente 4739).

"Nótese que la fecha de vencimiento del Contrato 020/84 era el 16 de noviembre de 1984. Por consiguiente la resolución de la multa se produjo dentro de su vigencia.

"Telegráficamente y por carta fue citado el representante legal del Contratista para notificarle la Resolución, y al no concurrir, tuvo que ser notificada mediante aviso publicado en el Diario El Tiempo el día 8 de noviembre de 1984.

"Al día siguiente, la CIA. SEGUROS DEL ESTADO, en su calidad de Garante del Contrato, por intermedio de su representante legal interpuso el Recurso de REPOSICION fundamentándose en los acuerdos a los cuales se había llegado para que la Aseguradora recibiera en cesión el Contrato y ejecutara la finalización de la obra.

"El día 21 de noviembre de 1984, el representante de INCICON LTDA. presentó el Recurso de Reposición, fundamentándose en todo cuanto aquí se ha resumido de su parte.

"Con fecha 27 de diciembre de 1984 el HIMAT expidió la Resolución No. 03023, y desechando el recurso de la Compañía de Seguros porque se limitó a solicitar la Cesión del Contrato, y el del contratista por considerar que INCICON LTDA. incumplió el contrato, resolvió: "Negar el recurso de reposición interpuesto por la firma INGENIEROS CIVILES CONSTRUCTORES LIMITADA "INCICON LTDA." y la COMPAÑIA SEGUROS DEL ESTADO, contra la Resolución No. 02397 de 1984", y la confirmó en todas sus partes. (Folio 62 a 64 Expediente 4.739).

"Quedó agotada la Vía Gubernativa al ser notificada la Resolución No. 03023 al representante legal de INCICON LTDA. el día 22 de enero de 1985.

"En el proceso No. 4.739, folios 181 a 184, se encuentran documentos que reafirman conceptos ya emitidos y que es pertinente tener en cuenta:

"a) El 16 de marzo de 1984, el Ing. Director de la Regional 11 envió al Ing. José Lombana, con memorando interno, "dos (2) copias heliográficas de cada uno de los siguientes planos correspondientes a la construcción del Carreteable Paralelo al Canal Santos Gutiérrez Distrito de Lebrija así: C-1 Localización General. C-2 Plano General para construcción e instalación de alcantarillas en tubería. C-3 Secciones típicas y alcantarillas de cajón. C-4 a C-10 localización K 0+000 al K 11+560.

"b) El 29 de marzo de 1984, en Sabana de Torres, el Director de la Regional 11 envía a INCICON LTDA. en la misma ciudad, "los juegos de planos correspondientes a la obra objeto del Contrato No. 020/84, construcción del Carreteable paralelo al Canal Santos Gutiérrez.".

"c) La orden de Iniciación de Obras impartida por el Subdirector de Adecuación de Tierras, a partir del 16 de abril de 1984.

"d) El Interventor, por parte del HIMAT, en Sabana de Torres, con fecha 11 de mayo de 1984 ya le manifestaba a los representantes de INCICON LTDA.: "b) El acero de refuerzo de las tuberías de Ø 30" que se están fundiendo en el sitio, no cumplen con los diámetros exigidos en los planos de construcción, ya que se encuentran armadas con varilla de 3/8" únicamente, cambiando el refuerzo de Ø 1/2. Por lo tanto se rechazará toda aquella tubería que no cumpla con los requisitos estipulados en los planos".

"Lo anterior refuerza la demostración de que sí existían los planos y diseños de las obras, pues de lo contratio no podían desarrollar trabajo alguno, y se empieza a ver el incumplimiento de INCICON.

"Continuando con el curso de la ejecución del Contrato 020/84, el día 16 de noviembre de 1984, fecha en la cual vencía el término estipulado inicialmente, se firmó el PRIMER CONTRATO ADICIONAL ENTRE EL HIMAT Y LA COMPAÑIA ASEGURADORA "SEGUROS DEL ESTADO". (Folio 235 a 238 Expediente 4.642).

"El nuevo Contratista acepta la CESION DEL CONTRATO que le hizo INCICON LTDA., en virtud de ser el garante y se obliga a dar cumplimiento al objeto del Contrato 020/84 en los mismos términos.

"Se adiciona el plazo de ejecución en seis (6) meses más contados a partir del vencimiento inicial y se le concede un anticipo adicional del treinta por ciento (30%) del valor de las obras por ejecutar que ascendían a $21.849.506.26; y, el HIMAT acepta la Subcontratación que hace el nuevo contratista en el Ing. Carlos Alberto Gómez Arboleda, conforme a lo estipulado en la Cláusula Vigésima Tercera. "Todas las demás estipulaciones pactadas inicialmente en el Contrato 020 de 1984 continúan vigentes."

"Como las obras tan solo se pudieron iniciar sesenta días después de firmado el Contrato Adicional, Seguros del Estado solicitó una prórroga por dos (2) meses que le fue concedida de conformidad con las Cláusulas del Contrato, y se firmó un SEGUNDO CONTRATO ADICIONAL en tal sentido. (Folio 268 y 269 Expediente 4.642).

"También solicitó Adición del valor por el incremento de las cantidades de obra, y mientras se concedía, la obra fue paralizada a partir del 4 de julio de 1985 conforme a lo estipulado en el contrato en la Cláusula Vigesimaprimera. (Folio 277 ID.).

"Previo el estudio correspondiente le fue aprobada la adición al valor, y se firmó el TERCER CONTRATO ADICIONAL entre el HIMAT y la COMPAÑIA SEGUROS DEL ESTADO, por la cantidad de $7.090.210.68 (Folio 291 y 292 ID).

"Considerados como están todos los pasos en el Desarrollo del cumplimiento del Contrato 020 de 1984, esto es, en su ejecución, solo resta sacar el resumen de las conclusiones a las cuales ha llegado la Sala.

"A. Existieron aumentos en las cantidades de obra y en el valor estipulados, pero el Contratista demandante no dio aplicación a la Cláusula del contrato que le indicaba el procedimiento para obtener nuevos plazos y aumento en el valor. Sin duda alguna que al haber procedido en forma correcta, como se le indicó por parte del Himat y como estaba estipulado, había logrado adicionar el plazo y el valor del contrato.

"B. INCICON dio comienzo a la obra sin haber firmado el acta de iniciación, y efectivamente recibió los planos y diseños respectivos para su ejecución, como quedó demostrado, pues de lo contrario no habría pruebas de los trabajos efectuados en los meses de mayo y junio de 1984, como lo son las Actas de Recibo de Obra y las liquidaciones.

"C. Sí existió efectiva interventoría por parte del HIMAT en la obra, demostrada por el abundante material existente de correspondencia sobre la obra y de Actas de Recibo de la misma. La queja por la falta de Interventoría se hace ya al suspender las obras, pues en escritos anteriores dirigidos a la Subdireción de Adecuación de Tierras, se había puesto en alto la labor desempañada por la Interventoría.

"D. Que según las declaraciones recibidas en los procesos, el levantamiento Topográfico elaborado por el Ingeniero de INCICON LTDA., Carlos Iván García, correspondía al replanteamiento de la obra, trabajo necesario que la Comisión del HIMAT no pudo elaborar y que le fue pagado por fuera del valor del contrato a quien lo hizo; siendo un levantamiento distinto al efectuado con anterioridad por el HIMAT junto con los planos y diseños de la obra.

"E. Abunda material informativo del incumplimiento por parte de INCICON LTDA., no solo en el uso de los materiales apropiados y estipulados en el Contrato, sino en la ejecución de las cantidades de obra que debía hacer mensualmente según el plan de trabajo; en la cantidad de maquinaria y de obreros necesarios para la obra, y en la presencia del Director de obra en el frente de trabajo.

"F. La suspensión de la obra el día 24 de septiembre de 1984 efectuada por INCICON LTDA, aduciendo la EXCEPCIO NON (sic) ADIMPLETI CONTRACTUS, y sin haber agotado las posibilidades que le daba el contrato para adicionar el plazo y el valor, se desmorona por su propio peso como punto a su favor.

"G. Además, por haber CEDIDO EL CONTRATO la firma INCICON LTDA. a la COMPAÑIA ASEGURADORA SEGUROS DEL ESTADO,

dejó de ser el TITULAR DE LA ACCION PARA DEMANDAR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 020/84. No se encuentra en el expediente No. 4.642 que la Compañía SEGUROS DEL ESTADO figure como demandante o coadyuve la demanda para reclamar cualquier perjuicio que hubiera podido sufrir en la ejecución del Contrato que le fue cedido por la firma INCICON LTDA.

"No existiendo prueba en contra de la presunción de legalidad de las Resoluciones impugnadas, ni prueba del incumplimiento del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT- en la ejecución del Contrato 020/84, han de negarse las pretensiones de las dos demandas, conforme lo solicita el señor Fiscal de la Corporación.

"Pero no le asiste razón en la parte de su alegato en donde considera que la acumulación no era procedente, ya que el asunto fue definido por el H. Consejo de Estado en la providencia del 23 de septiembre de 1985, (Expediente No. 4.739), al señalar que el Restablecimiento del Derecho por tratarse de una acción referente a contratos se debía tomar como una acción Contractual, y como tal son acumulables los dos procesos.

"En lo referente a la excepción de CADUCIDAD DE LA ACCION, propuesta por la apoderada de la parte demandada para la acción de Restablecimiento del Derecho, no está llamada a prosperar por la misma razón anotada en el párrafo anterior, pues el término para inteponer la demanda de Acción Contractual es de dos (2) años.

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander, Sala de Decisión, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

"FALLA:

"PRIMERO: DECLARASE NO PROBADA LA EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCION propuesta por la apoderada de la parte demandada.

"SEGUNDO: DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RELATIVA AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 020/84, promovida por la Sociedad de Ingenieros Civiles Constructores Ltda. INCICON LTDA. contra el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-.

"TERCERO: DENIEGASE LA DECLARACION DE NULIDAD de las Resoluciones 02397 de octubre 23 1984 y 03023 del 27 de diciembre del mismo año, que propuso la Sociedad INCICON LTDA, contra el HIMAT, así como el restablecimiento de derecho solicitados en la demanda.

"CUARTO: CONDENASE EN COSTAS A LA PARTE DEMANDANTE. Tásense.". (Fls. 311 a 357. Cdno. No. 1).

- II -
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 364 y siguientes del Cuaderno Nro.1, obra el escrito en que el mandatario judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"II. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

"La sentencia del Tribunal destaca, a su manera, algunos aspectos del contrato, de su ejecución y de las pruebas incorporadas a los procesos para posteriormente concluir que no existió prueba en contra de la presunción de legalidad de las resoluciones impugnadas, ni prueba del incumplimiento del HIMAT en la ejecución del Contrato Nro. 020/84. Los razonamientos hechos por el *a-quo* (Ver flios. 379 a 381 del Cdno. Principal), para negar las pretensiones de las demandas fueron, en síntesis, los siguientes:

"a) El Tribunal *acepta que hubo aumentos en las cantidades de obra y en el valor estipulados,* pero dice que el contratista no dio aplicación a la cláusula del contrato que le indicaba el procedimiento para obtener nuevos plazos y aumento en el valor;

"b) Se dice que INCICON LTDA., dio comienzo a la obra sin haber firmado el Acta de Iniciación y que "efectivamente recibió los planos y diseños respectivos para su ejecución..., pues de lo contrario no habría pruebas de los trabajos efectuados en los meses de mayo y junio de 1984...";

"c) Se dice en la sentencia que sí existió efectiva interventoría, por parte del HIMAT en la obra;

"d) Se acepta en la sentencia, de acuerdo a las declaraciones recibidas en los procesos, que el Ingeniero de INCICON, CARLOS IVAN GARCIA, elaboró el levantamiento topográfico correspondiente al replanteamiento de la obra, el cual, a pesar de ser necesario, la comisión del HIMAT no pudo elaborar y le fue pagado por fuera del valor del contrato a quien lo hizo, y se agrega que dicho levantamiento era distinto al efectuado con anterioridad por el HIMAT junto con los planos y diseños de la obra;

"e) Se sostiene en la sentencia que INCICON LTDA. incumplió no sólo en el uso de los materiales apropiados y estipulados en el contrato, sino en la ejecución de las cantidades de obra que debía hacer mensualmente según el

plan de trabajo, al igual que en la cantidad de maquinaria y de obreros y en la presencia del Director de Obra en el frente de trabajo;

"f) Se afirma que la suspensión de la obra por parte de INCICON, aduciendo la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS, y sin haber agotado las posibilidades que le daba el contrato para adicionar el plazo y el valor "se desmorona por su propio peso como punto a su favor"; y,

"g) Finalmente, se dice en la sentencia que el contrato celebrado entre el HIMAT e INCICON fue cedido a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado y, por tanto, aquélla "dejó de ser el TITULAR DE LA ACCION PARA DEMANDAR EL IMCUMPLIMIENTO del contrato 020/84".

"III. RAZONES PARA PEDIR LA REVOCATORIA DE LA SENTENCIA APELADA.

"A continuación me permito demostrar, Honorables Consejeros, la inconsistencia de los argumentos en que se apoya la sentencia y, además, su total desacuerdo con la realidad obrante en autos, es decir, voy a analizar, una por una, las conclusiones a que llegó el Tribunal de Santander y veremos que no existe la más mínima razón para mantener la sentencia apelada.

"De otro lado, dedicaré un sub-capítulo para reiterar que el incumplimiento imputado a la demandada está demostrado a cabalidad y es de tal magnitud que impone la prosperidad de las pretensiones impetradas, tanto en la "demanda de restablecimiento del derecho" como en la de "indemnización por incumplimiento contractual", pues, el Juzgador *a-quo* minimizó la importancia de los *"PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS"* y equivocadamente los equipara a los de "LICITACION" y, como si fuera poco, dejó de analizar lo afirmado por el HIMAT en la Resolución No. 03023 de 1984 y Oficio 110/84, en el sentido de que el diseño definitivo de la obra solo se entregó el *día 30 de mayo de 1984* y otras pruebas de suma importancia incorporadas en legal forma a los expedientes, que inequívocamente demuestran la conducta negligente y, en algunos eventos, malintencionada del HIMAT.

"A. INCONSISTENCIA DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE APOYA LA SENTENCIA APELADA.

"1. *Aumento en las cantidades de obra y el procedimiento para obtener nuevos plazos y aumento en el valor.*

"La sentencia da por probado el hecho consistente en que hubo aumento significativo en las cantidades de obra inicialmente contratadas, lo cual es totalmente acertado, *pero inexplicablemente concluye que el reajuste en los precios y obtención de nuevos plazos los debía proponer el contratista,* cuando son los artículos 20 y 21 del Decreto 222 de 1983, los que inequívocamente *imponen a la entidad pública,* esto es, la contratante *que pro-*

ponga al contratista el procedimiento para llevar a efecto la modificación, la manera de acreditar y reconocer los nuevos costos, mediante las evaluaciones técnicas pertinentes y el señalamiento de los nuevos precios, si a ello hubiere lugar, todo a través de mecanismo de *actas* o, en últimas, en caso de desacuerdo, mediante "resolución motivada".

"Basta, pues, con verificar el contenido de los preceptos antes citados para demostrar que la conclusión a que llegó el *a-quo* en el aspecto comentado es totalmente contrario a la ley, desde luego que la iniciativa de las modificaciones, siempre tiene que llevarla el ente administrativo.

"2. *Supuesta entrega de los planos y diseños respectivos.*

"La sentencia acepta que INCICON LTDA., dio comienzo a la obra sin haber firmado el Acta de Iniciación, es decir, antes del 16 de abril de 1984, y que recibió los "planos y diseños respectivos" para su ejecución. Lo primero, es decir, que INCICON dio comienzo a la obra antes del 16 de abril, es cierto y corrobora lo expuesto en las demandas en tal sentido, lo cual demuestra la buena voluntad, ánimo y propósito del contratista para cumplir con sus obligaciones y colaborar con la administración; pero la segunda afirmación o conclusión que hace el *a-quo,* esto es, la consistente en que en el Acta de Iniciación se hizo entrega de "los planos y diseños respectivos" es absolutamente desacertada y, como si fuera poco, contraria a la realidad que reflejan los medios de prueba aportados a los procesos.

"En efecto, punto sumamente claro en el caso que nos ocupa, y el cual constituye uno de los fundamentos de las demandas, es el atinente a que los *planos, proyectos,* normas y especificaciones a que debía someterse la ejecución de las obras materia del contrato, *serían suministrados por el HIMAT,* y no por persona distinta, según se lee en la Cláusula DECIMA del Contrato 020/84. Tales planos, llamados técnicamente "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" (diferentes a los "Planos de Licitación"), a los cuales me referiré en el sub-capítulo siguiente, *esenciales para la adecuada construcción y adelantamiento de las obras, solo fueron entregados al contratista el 30 de mayo de 1984,* después de engorrosos inconvenientes y de haber hecho el levantamiento topográfico el Ingeniero CARLOS IVAN GARCIA, residente de la firma contratista.

"Inexplicablemente, la sentencia apelada dice escuetamente que INCICON LTDA., efectivamente recibió "los planos y diseños respectivos", lo cual parece deducir del hecho consistente en los trabajos efectuados en los meses de mayo y junio de 1984; pero olvidó el Tribunal de Santander, o pasó por desapercibido, que en el expediente obra prueba contundente e irrefragable de que "LOS PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" (carteras de topografía, planos y diseños de obra), *no fueron entregados al contratista en forma oportuna,* sino *ochenta días después* de que el HIMAT había autorizado la ejecución del programa de trabajo definitivo y *cuarenta y cuatro*

días después de levantada el Acta de Iniciación de la Obra, tal como claramente se afirma por parte del HIMAT en la Resolución No. 03023 del 27 de diciembre de 1984 y en la cual también coincide el testimonio del Ingeniero CARLOS IVAN GARCIA. Llamó la atención a los Honorables Consejeros de Estado en la manifestación consignada en la parte resolutiva de la Resolución No. 03023 del 27 de diciembre de 1984, que dice:

"mediante oficio 110 de mayo 30 de 1984 se le hizo entrega al Contratista de los diseños definitivos de la obra; el levantamiento topográfico fue levantado por el Ingeniero CARLOS IVAN GARCIA, residente de la firma INCICON LTDA... (Subrayas fuera del texto).

"La anterior declaración contenida en la Resolución 03023, la cual obra en autos, es prueba contundente e irrefragable de que los diseños de la obra no fueron entregados al contratista en forma oportuna.

"Igualmente, esa Honorable Corporación debe tener en cuenta el Oficio 11.16-0737 de julio 16/84, mediante el cual el HIMAT solicita al Ingeniero Residente de INCICON, que cotizara el valor del levantamiento topográfico en el Carreteable Paralelo al Canal Santos Cutiérrez en el K00+ OO al K12 + 600. Esa solicitud formulada por el HIMAT al Ingeniero CARLOS IVAN GARCIA, significa que aún para esa fecha el ente administrativo no había levantado el diseño general, pues, de lo contrario, no se entiende como esté pidiendo cotización por el mismo.

"De manera que lo único cierto es que los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" no fueron entregados oportunamente por el HIMAT como era su obligación y, por tanto, resulta claro que en el Acta de Iniciación de Obra sólo se entregaron los "Planos de Licitación", sobre los cuales apenas se podían adelantar algunas obras elementales, como descapote o movimiento de tierras, pero nunca las obras de arte (construcción de alcantarillas y "BOX CULVERT"), y aquellas que requerían de precisión como afirmados y terraplenes.

Así las cosas, la deducción hecha por el *a-quo,* consistente en que los trabajos efectuados en los meses de mayo y junio de 1984 hace pensar la entrega de los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS", es absolutamente equivocada e ilógica, pues, ya se vio que no hubo entrega oportuna de tales planos; y de otro lado, la existencia de dichos trabajos se explican, porque los mismos consistían en remoción o movimientos de tierras y descapote, para lo cual no eran esenciales los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS".

"3. *La Interventoría.*

"Tampoco es acertado lo que se dice en la sentencia respecto de la "efectiva interventoría" por parte del HIMAT, pues, de las varias declaraciones obrantes en el expediente se concluye que el Interventor LUIS ENRIQUE

ALARCON REY no desempeñó directamente su función, como que en un comienzo sólo visitaba el, sitio de las obras cada 8 días y posteriormente delegó la interventoría en otras personas que no tenían suficiente capacidad técnica y decisoria.

"Además, la circunstancia de haber sido ejercida la interventoría por funcionarios del mismo ente administrativo dio lugar, como es lógico pensar, a que aquella fuera parcializada y causara traumas y dificultades en los planes de trabajo trazados por INCICON.

"4. *Elaboración del levantamiento topográfico por el Ingeniero Residente de INCICON LTDA.*

"Se vuelve a incurrir en error evidente, en la sentencia, al confundir los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" con los de "LICITACION", pues, el Tribunal sigue creyendo, a pesar de existir prueba contundente en contrario como se vio en el punto 2, que los planos a que se hace referencia en el Acta de Iniciación de Obras servían para la ejecución plena y cabal de éstas, lo cual constituye inconcebible desacierto.

"Ya veremos, más adelante, las diferencias existentes entre tales categorías de planos y, por consiguiente, me remito, por ahora, a lo allí expresado.

"5. *Supuesto incumplimiento de INCICON.*

"La conclusión a que llega el *a-quo*, en el sentido de querer enrostrar supuesto incumplimiento al contratista, es, como todas las demás, absolutamente equivocada, pues, a todo lo largo de la sentencia no se hace más que resaltar lo que INCICON debía o no debía hacer, pero no se detiene en el análisis de que el HIMAT comenzó a incumplir en forma sistemática y prolongada desde el comienzo de la ejecución del contrato.

"En la forma como está orientada la sentencia, salta a la vista que el ánimo del sentenciador de primer grado fue desde un comienzo el de absolver a la entidad demandada a como diera lugar, pues, las más serias razones expuestas por la actora fueron tomadas de manera superficial y displicente.

"6. *LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS invocada por INCICON.*

"Sin hacer el más mínimo análisis sobre los presupuestos, significación y alcances de la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS, el *a-quo* utilizando expresiones de "comodín" , concluye que aquella "se desmorona por su propio peso como punto a su favor". Realmente, la sensación de desconcierto que produce ese tipo de discursos es asombrosa, máxime cuando en el expediente obran suficientes elementos de juicio que demuestran inequívocamente la conducta negligente y, por ende, incumplimiento reite-

rado y prolongado, desde un comienzo, del HIMAT, como lo fue la falta de entrega oportuna de los "PLANOS DE EJECUCION DE 0BRAS".

"Es principio elemental de todo contrato bilateral, que si uno de los contratantes no cumpliere con las obligaciones a su cargo o no se allanare a cumplirlas, el otro no está obligado a satisfacer las suyas. En otras palabras, en el caso que nos ocupa, INCICON LTDA., trató, por todos los medios, de cumplir con las prestaciones a su cargo, hasta el punto que una vez formalizado el contrato inmediatamente se trasladó al lugar donde debían adelantarse las obras, pero con la desafortunada realidad que el HIMAT no cumplió las suyas, ni siquiera buscó iniciar el cumplimiento, por lo que obligó al contratista a abstenerse de seguir cumpliendo, so pena de continuar sufriendo perjuicios de toda índole (Arts. 1546 y 1609 del Código Civil, aplicables a la Contratación Administrativa), los cuales a pesar de todo fueron cuantiosos y empobrecieron, por consiguiente, el patrimonio de la demandante, tal como se demostró con la inspección judicial y peritazgo obrante en el expediente.

"En virtud, precisamente, de la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS, INCICON LTDA. retiró el personal y equipo del lugar de ejecución de la obra, porque sencillamente no soportaba el estado de postración a que el HIMAT la sometió.

"No hay duda, entonces, de que la conducta negligente del HIMAT colocó al contratista en una situación ostensible de imposibilidad de seguir adelante en la obra, lo cual lo llevó a tener que acogerse a lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, esto es, abstenerse de seguir cumpliendo con sus obligaciones a fin de evitar, repito, la prolongación y gravedad de los perjuicios.

"Por ello, los motivos invocados por el ente administrativo en la Resolución mediante la cual se impuso la multa a INCICON LTDA., no merecen la protección jurídica del Estado, *por cuanto son* el resultado del incumplimiento previo por parte del HIMAT de las cláusulas contenidas en el Contrato No. 020/84.

"7. *La supuesta "cesión del contrato".*

"La supuesta cesión del contrato 020/84, es otra de las conclusiones equivocadas a que llegó el *a-quo,* pero que, como ocurre con todas las anteriores, no resiste el mas mínimo análisis, pues, bajo ningún punto de vista se puede sostener que tuvo ocurrencia dicho fenómeno jurídico.

"En efecto, mal se haría en hablar de cesión respecto de un *contrato extinguido* en su ejecución por haberse cumplido el plazo previsto para su duración, pues, es un hecho indiscutible que *éste venció el día 15 de noviembre de 1984* (flio. 58 Cdno. No. 1) y, por consiguiente, no puede cederse lo

que ya no existe. De manera que la relación contractual creada el *16 de noviembre de 1984,* entre el HIMAT y la Compañía Aseguradora "SEGUROS DEL ESTADO", es totalmente distinta e independiente del Contrato 020/84.

"Menos aún se puede hablar de cesión de un contrato, cuando una de las partes contratantes, en nuestro caso INCICON LTDA., *no se ha hecho sustituir,* como perentoriamente lo exigen los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio.

Así las cosas, los argumentos en que se apoya la sentencia han quedado totalmente desvirtuados y, por consiguiente, muy respetuosamente solicito se revoque la sentencia apelada.

"B. *INCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA.*

"1. *Falta de entrega, por parte del HIMAT, de los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" y su trascendencia.*

"Como ya tuvimos oportunidad de anunciarlo en párrafos anteriores, en la sentencia de fecha 26 de julio de 1989 que es objeto de apelación, se confundió el significado y la trascendencia existente entre los llamados "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" con los denominados "PLANOS DE LICITACION", lo cual condujo al *a-quo* a que minimizara la importancia de aquéllos.

"Para demostrar el significado y trascendencia que tienen los llamados "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" y, por consiguiente, aclarar la confusión en que incurrió el Juzgador *a-quo,* me permito transcribir lo que sobre el particular se dijo en el laudo arbitral de fecha 23 de octubre de 1986, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la sociedad OBRAS LTDA. y ECOPETROL, así:

"A lo largo del proceso arbitral, las partes discutieron intensamente sobre la necesidad de dos categorías de planos para la ejecución de las obras contratadas. Así, se habló de los llamados "Planos de Licitación" y "Planos de Ejecución de Obras", para adscribirle por parte de OBRAS LTDA., a los primeros, una función meramente informativa de carácter general; en tanto que, a los segundos, se les imponía la concreción de las obras en detalle, como en definitiva debían quedar. ECOPETROL por su lado, quiso dar a entender al Tribunal que solamente eran indispensables los "Planos de Licitación", puesto que éstos contenían información suficiente para la evacuación de los trabajos y que tales planos fueron suministrados antes de iniciarse las obras; además, que ciertos planos llamados "de detalle" le fueron entregados a OBRAS LTDA. de acuerdo con el cronograma o programa de trabajo presentado a la Interventoría.

"La prueba testimonial, la documental y la pericial estudiadas en conjunto, ...llevaron al Tribunal a la convicción de que no hubo suministro oportuno de los "Planos de Ejecución de Obras" y que la entrega de "Planos de Licitación", no era suficiente para la evacuación de los trabajos. De igual manera el Tribunal concluyó, y ahora insiste en ello, que la necesidad de la ampliación del plazo del contrato por sesenta (60) días se debió, *entre otros factores imputables a ECOPETROL, a la no entrega oportuna de los planos y diseños requeridos para la ejecución de los trabajos."* (He subrayado).

"La anterior doctrina de alcance jurisprudencial, nos demuestra en forma inequívoca que los "PLANOS DE LICITACION" presentan, apenas, aspectos muy generales de la obra a fin de que los proponentes tengan una idea de lo que van a contratar, mientras que los "DE EJECUCION DE OBRAS", son los que determinan y especifican con detalle y precisión el punto desde el cual se debe iniciar la obra, las condiciones del terreno, el trayecto de la misma, la cantidad y calidad de las obras de arte, etc., etc,; es decir, *estos últimos son los indispensables para desarrollar a cabalidad y plenitud la totalidad de la obra, pues, de lo contrario, sólo podrán adelantarse obras sin mayor perfeccionamiento.*

"La trascendencia de los mentados "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS", es, pues, indudable, como lo pone de presente, en el caso concreto, el testimonio del señor CARLOS IVAN GARCIA ROJAS, toda vez que sin ellos es imposible construir las alcantarillas "BOX CULVERT", afirmados y terraplenes.

"Como la falta de entrega oportuna, por parte del HIMAT de los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" es evidente no puede, entonces dudarse el incumplimiento que en las demandas se le enrostró al ente administrativo.

"2. *Falta de apreciación de algunos medios de prueba.*

"El Tribunal Administrativo de Santander inexplicablemente, al proferir el fallo, no tuvo en cuenta algunos elementos de prueba que demuestran otros aspectos del incumplimiento imputado en las demandas al HIMAT. Entre otros, el Tribunal dejó de apreciar el dictamen rendido por los señores peritos FRANCISCO A. BUILES B. y ERNESTO CHAVEZ P., al igual que algunos testimonios y actas, que demuestran el aumento y alteración desmesurados en la cantidad y calidad de obras.

"En efecto, está demostrado plenamente que la longitud del Carreteable sufrió un aumento superior al diez por ciento (10%) de lo consignado en los Pliegos y en el Contrato; de 7 alcantarillas programadas resultaron 22, finalmente; un "BOX CULVERT" de pequeña dimensión, resultó aumentado en más del doble; y el sitio donde debía tomarse el material de préstamo que según el HIMAT estaba localizado a 2 Kilómetros de distancia del sitio

de la obra (flio. 285, Cdno. No. 1), resultó ser de *18 Kilómetros* (flio. 128), todo lo cual demuestra el desequilibrio total a que fue sometido el contratista.

"Finalmente, debo manifestar que los perjuicios irrogados a mi mandante, como consecuencia del incumplimiento injustificado del HIMAT en la ejecución del Contrato 020/84, están plenamente determinados en el proceso, según dictámenes rendidos por los peritos JESUS MARIA PEÑA y ANGEL MARIA BUENDIA y por FRANCISCO A. BUILES y ERNESTO CHAVEZ PICO.".

- III -
CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término de ley, alegó de conclusión para solicitar la confirmación del fallo impugnado.

"El H. Tribunal Administrativo de Santander efectuó un examen minucioso del acerbo probatorio para concluir muy sabiamente y acertadamente, absolver a mi representada por todo concepto.

"A. En primer lugar reconoce que existieron aumentos en las cantidades de obra y en el valor estipulado, pero el contratista demandante no dio aplicación a la cláusula del contrato que le indicaba el procedimiento para obtener nuevos plazos y aumento en el valor. Agrega además el H. Tribunal que "sin duda alguna que al haber procedido en forma correcta, como se le indicó por parte del HIMAT y como estaba estipulado había logrado adicionar el plazo y el valor del contrato".

"Efectivamente y de conformidad con lo expuesto por la apoderada del HIMAT en la contestación de la demanda se admite que en el desarrollo del contrato se presentaron mayores cantidades de obras y la longitud del ca-rreteable varió de 11 Kilómetros 560 metros a 12 Kilómetros 600 metros, pero que también es cierto que la cláusula décima del contrato No. 020/84 y en el pliego de condiciones *ítem* 4.3 de la licitación SAT-052/83 se estableció que el HIMAT podrá hacer los cambios necesarios y convenientes tanto en los planos como en las especificaciones y normas técnicas, asimismo en el *ítem* 4.05 se establece que si las cantidades de obra resultaren aumentadas, el contratista podrá solicitar prórroga del contrato, justificando su solicitud ante el Interventor el hecho de que dichos cambios afectan realmente el término del contrato. Por otro lado el contrato también estipula que las cantidades de obra son aproximadas y el valor total del contrato es el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el precio de cada una de ellos". Es de manifestar asimismo que en la carta de remisión de la propuesta el contratista en el inciso quinto "acepta las cantidades de obra, contenidas en el formulario

de precios unitarios adjunto entendiendo que son aproximados y que podrán aumentar o disminuir en el desarrollo del contrato y ofrece ejecutar todo trabajo necesario y suministrar todos los elementos requeridos para la realización de la obra a los precios unitarios consignados en la misma lista".

"Por consiguiente es una manifestación expresa de ambas partes y no una modificación unilateral contemplada en los Artículos 20 y 21 del Decreto 222/83 a que alude el señor apoderado en el memorial de apelación cuando argumenta que es la parte contratante quien propone al contratista el procedimiento para llevar a efecto la modificación; demostrándose así que la conclusión a que llegó el *a-quo* es perfectamente legal acogiéndose al principio de que el contrato es ley para las partes, principio universal incuestionable.

"B. El H. Tribunal de Santander acertadamente concluye asimismo que INCICON LTDA. dio comienzo a la obra sin haber firmado el acta de iniciación y efectivamente recibió los planos y diseños respectivos para su ejecución, como quedó demostrado, pues de lo contrario no habría pruebas de los trabajos efectuados en los meses de mayo y junio de 1984, como son las Actas de Recibo de Obra y las liquidaciones."

"Se demostró que la firma contratista se desplazó desde el mes de marzo de 1984 a Sabana de Torres, sitio donde se iban a ejecutar las obras, por iniciativa propia y sin que el HIMAT les hubiera hecho tal exigencia. La estipulación contractual era la de iniciar los trabajos dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que el HIMAT expidiera la orden de iniciación según declaración del doctor LUIS ENRIQUE ALARCON Director de la Regional e Interventor de la obra en declaración del 11 de agosto/86 ante el Tribunal manifestó que el 29 de marzo le entregó al Gerente de INCICON un oficio en el cual remitía los planos de construcción, el perfil del carreteable, los planos de alcantarillado, los planos de los box culvert y las referencias para que iniciaran el replanteamiento de la vía necesaria para la iniciación de cualquier movimiento de tierra, siendo así como iniciaron sus obras de arte el 26 de marzo/84 y el 16 de abril se firmó el acta de iniciación y se dejó constancia por parte de INCICON que recibían a satisfacción todos los planos correspondientes al diseño de la obra y que también solo presentaban como equipo de trabajo una camioneta, una volqueta y un vibrocompactador. Asimismo la Ingeniera CECILIA ANTE coordinadora de la Interventoría del contrato suscrito con la firma INCICON LTDA. en declaración presentada el 8 de agosto/86 manifestó que las oficinas centrales de Bogotá enviaron los planos de construcción a la Regional No. 11 Santander con oficio de fecha 12 de marzo/84 y en dichos oficios se dejó bien claro que la interventoría debía entregar los planos a los contratistas con oficio, cosa que se cumplió según declaración mencionada anteriormente.

"Lo anterior demuestra que se entregaron planos de ejecución de obras como los denomina el apoderado del actor es decir planos de construcción

de las obras propiamente dichos incluidos los demás a que hace referencia el señor Interventor LUIS ENRIQUE ALARCON en su testimonio.

"De otra manera no encontraría explicación como pudieron construir todas las obras de arte y el movimiento de tierra en los cuatro primeros Kilómetros de la vía, de que dan cuenta las Actas de Recibo y de liquidación.

"C. También se demostró y así lo dedujo el H. Tribunal de Santander que sí existió efectiva interventoría por parte del HIMAT en la obra, demostrada por el abundante material existente de correspondencia sobre la obra y de Actas de recibo de la misma.

"La interventoría del contrato fue ejercida desde el principio por el Ingeniero LUIS ENRIQUE ALARCON nombrado mediante Resolución No. 632 del 15 de marzo/84, y todas las semanas se desplazaba al Distrito de Sabana de Torres lugar de las obras durante dos o tres días con el fin de dar solución personalmente a diferentes problemas que se presentaran. Asimismo la Subdirección de Adecuación de Tierras asignó al ingeniero JOSE LOMBANA de las Oficinas Centrales para que colaborara en el control de la obra para que facilitara a la firma contratista la solución y control a los diferentes problemas que se pudieran presentar en el desarrollo del mismo. También fue nombrado el Ingeniero JAIRO MENDEZ como Interventor por Resolución No. 1911 del 24 de agosto/84. No puede aceptarse la manifestación del apelante de que la interventoría era parcializada, al contrario en escritos dirigidos a la Subdirección de Adecuación de Tierras por la firma contratista se había puesto en alto la labor desempeñada por los interventores del HIMAT.

"D. Se acepta que la comisión topográfica de INCICON efectuó un levantamiento topográfico pero que correspondió al replanteo de la obra con base en los diseños con el fin de fijar las líneas y niveles para efectuar los trabajos del carreteable, siendo necesario aclarar que de ninguna manera pudo elaborar el diseño de la obra, pues los topógrafos se limitan a tomar dato de campo, las localizaciones, las referencias que más tarde permiten hacer los cálculos correspondientes a los movimientos de tierra y que para diseñar requiere de ingenieros con conocimientos especiales. Por otra parte los diseños de construcción de la obra fueron contratados inicialmente con el Ingeniero FRANCISCO LOPEZ los que fueron entregados al HIMAT los primeros días del mes de marzo y que posteriormente se enviaron a la Regional No. 11 y entregados el contratista según aparece constancia en el Acta de Iniciación del 16 de abril/84.

"E. También el H. Tribunal encontró y así lo expresa que abunda material informativo del incumplimiento por parte de INCICON LTDA. no solo en el uso de materiales apropiados y estipulados en el contrato, sino en la ejecución de las cantidades de obra que debía hacer mensualmente según el plan de trabajo; en la cantidad de maquinaria y de obreros necesarios para la obra, y en la presencia del Director de obra en el frente de trabajo.

"Esta afirmación se puede corroborar tanto en la prueba documental como en la testimonial, por tanto es por demás temeraria la manifestación del apelante al asegurar que el "Animo del sentenciador de primer grado fue desde un comienzo el de absolver a la Entidad demandada a como diera lugar"...

"F. *La exceptio non adimpleti contractus*, tampoco tiene asidero legal alguno pues como se comprobó a través del plenario, el incumplimiento solo se presentó por parte de la firma INCICON LTDA., y así lo manifestó el Tribunal "la suspensión de la obra el día 24 de septiembre de 1984 efectuada por INCICON LTDA, aduciendo la *exceptio non adimpleti contractus*, y sin haber agotado las posibilidades que le daba el contrato para adicionar el plazo y el valor, se desmorona por su propio peso como punto a su favor" manifestación ésta que no puede ser más elocuente y que encierra toda la realidad y la verdad de la situación.

"G. Respecto a la cesión del contrato me permito manifestar que ante la circunstancia de que la firma contratista suspendió la obra desde el 24 de septiembre/84 según consta en oficio No. 1149 de octubre 2/84 y demás pruebas, en virtud de lo establecido por el Artículo 57 del Decreto 222/83 "sin que para efectos del plazo extintivo se compute el tiempo de suspensión" es decir que el tiempo que faltaba para el vencimiento, 15 de noviembre, citado por el actor no se tiene en cuenta para efectos de cómputo del plazo pues como ya se observó en esos días estaba suspendido el contrato, por consiguiente la cesión del Contrato No. 020/84 se hizo dentro de la vigencia del mismo y la relación contractual entre el HIMAT y la Compañía Aseguradora es la misma a la del contrato 020/84.

"Por lo tanto le asiste razón al H. Tribunal cuando manifiesta "que por haber cedido el contrato la firma INCICON LTDA, a la Compañía Aseguradora Seguros del Estado, dejó de ser el titular de la acción para demandar el incumplimiento del contrato 020/84.

"Se equivoca el apelante asimismo cuando manifiesta que no se puede hablar de cesión de un contrato, cuando una de las partes contratantes en el caso de INCICON LTDA., no se ha hecho sustituir, pues se debe tener en cuenta como en efecto se tuvo, es la Resolución No.010500 de marzo de 1984 de la Contraloría General de la República que dispone que "si por el incumplimiento del contratista, el Asegurador resolviere continuar con la ejecución del contrato y/o cumplir en general con las obligaciones emanadas del mismo y la Entidad contratante estuviere de acuerdo con ello el contratista acepta desde ahora la cesión del contrato a favor del Asegurador" por tanto siendo la compañía aseguradora Seguros del Estado garante del contrato, se obligó a dar cumplimiento al objeto del contrato. Finalmente, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo proferido por el H. Tribunal de Santander, el 26 de julio/89, el concepto de la fiscalía y lo expuesto anteriormente,

solicito nuevamente a los Honorables Consejeros denegar las pretensiones de la demanda relativas al incumplimiento del contrato 020/84 y denegar asimismo la declaración de nulidad de las Resoluciones 02397 de octubre 23/84 y 3023 del 27 de diciembre así como el restablecimiento de derecho demandado absolviendo a mi representada por todo concepto.". (flios 384-386 vto Cdno. No. 1).

- IV -
VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, hace las siguientes *CONSIDERACIONES:*

"Estudiado el expediente y analizado el material probatorio que aparece anexado, esta Fiscalía procede a rendir el concepto solicitado:

"Atendiendo de manera primordial a los puntos objeto del recurso de apelación de que trata esta segunda instancia, tenemos que ellos se reducen al incumplimiento del ente demandado, por la falta de entrega oportuna de los Planos de Ejecución de Obras y la Falta de Interventoría.

"En segundo lugar se afirma que los reajustes de precio y ampliación del término contractual, deberá proponerlos la administración, no el contratista.

"En relación con la entrega de los planos, se observa que al folio 182 del cuaderno principal, aparece un oficio de fecha 29 de marzo de 1984 dirigido a la Sociedad actora, en donde se lee: "Adjunto le envío los juegos de planos correspondientes a la obra objeto del Contrato No.020/84, construcción del carreteable paralelo al Canal Santos Gutiérrez".

"Al folio 73 del cuaderno No. 3 aparece el Acta de Iniciación de Obra de fecha 16 de abril de 1984 suscrita por el Interventor y el Gerente de la firma INCICON LTDA., en la cual se dijo: "Se le entregaron los siguientes documentos: planos de diseño de obra, planos de diseño de la vía".

"Al folio 111 del cuaderno principal está la declaración rendida por el Ingeniero LUIS ENRIQUE ALARCON REY; en apartes de ella se lee: "...por iniciativa propia de esa firma (se refiere a INCICON LTDA.) se desplazaron a Sabana de Torres a hacer un reconocimiento nuevamente de la zona de trabajo y pretendían que les permitiéramos trabajar antes de firmar el acta correspondiente de iniciación, a lo cual accedimos y el 29 de marzo le entregué al Gerente de Incicón un oficio en el cual le remitía los planos de construcción, el perfil de carreteable, los planos de alcantarilla, los planos de los box-coulvert y las referencias para que iniciaran el replanteamiento de la vía necesario para la iniciación de cualquier movimiento de tierras.

Así fue como iniciaron sus obras de arte el 26 de marzo de 1984 y el 16 de abril se firmó el acta de iniciación". (Paréntesis de la Fiscalía).

"Se tiene pues, que al comenzar los trabajos al Contratista se le entregaron los planos de ejecución de la obran usando la terminología a que alude el representante de la Sociedad Actora, y no los planos de la licitación, los que obviamente han tenido que haber sido entregados antes de la contratación, en la etapa de licitación "a fin de que los proponentes tengan una idea de lo que van a contratar" como bien lo expresa la parte Actora.

"El apelante destaca apartes de la Resolución 0323 (sic) de 27 de diciembre de 1984, en donde se alude a la entrega de planos al Contratista en mayo 30 de 1984; pero resulta que analizada la prueba en su conjunto, lo anterior encuentra explicación muy lógica en el hecho de haber existido algunos cambios en la obra contratada. Así se explica que aún después del 30 de mayo, se le hayan enviado al Contratista algunos planos, como sucedió por ejemplo con unos correspondientes a la construcción de alcantarillas, que le fueron enviados en junio 7 de 1984 (fl.193).

"Debe anotarse, que cuando al Contratista se le enviaron los planos en marzo 29 de 1984, en el oficio remisorio (fl. 182) se le advirtió lo siguiente: "Es de aclarar, que los cambios o modificaciones que se presenten en el desarrollo de esta obra, deben ser previamente acordados por la Interventoría asignada a este contrato". Acorde con lo anterior y debido a los cambios que sufrió la obra contratada, hubo necesidad de volverle a entregar planos -que no todos- el día 30 de mayo y en junio, como ya se vio.

"Sobre este mismo punto se refirió el declarante HECTOR HELI MARTINEZ H. cuando afirma: "Como dijimos en una pregunta anterior, al empezar las obras se vio que habían cambiado las condiciones topográficas, entonces hubo necesidad de hacer un nuevo levantamiento topográfico para hacer un nuevo diseño de la vía, entonces quedaron como definitivos los planos que se entregaron en mayo del 84, pero en ninguna (sic) momento hay ninguna contradicción, lo que pasa es que hay una variación del diseño, lo cual está contemplada en el pliego de condiciones".

"En relación con el Interventor, se sabe que la administración nombró al Ingeniero ALARCON REY desde marzo 15 de 1984 y luego nombró al Ingeniero MENDEZ HEREDIA en agosto 24 de 1984 (fl. 220 C-3).

"En la declaración que rindió el Ingeniero ALARCON REY visible al folio 111 y siguientes, interrogado sobre el tiempo durante el cual permaneció en el lugar de la obra, contestó: "Todas las semanas normalmente me desplazaba al Distrito de Sabana de Torres, durante dos o tres días con el fin de dar solución personalmente a diferentes problemas que en el desarrollo de este tipo de trabajos se suelen presentar y previendo situaciones de diferente índole la subdirección de adecuación de tierras me asignó al Inge-

niero JOSE LOMBANA de las Oficinas centrales para que me colaborara en el control de la obra para poder así llevar una interventoría que facilitara a la firma contratista la solución y control a los diferentes problemas que se pudieran presentar en el desarrollo de la mis". (sic). Y más adelante afirma: "El Ing. LOMBANA como residente de la interventoría podía, de acuerdo a las circunstancias, definir y solucionar problemas de tal manera que no se fuera a entorpecer el normal desarrollo de la obra; situación esta que realmente casi nunca se presentó, pues como lo dije anteriormente, todas las semanas viajaba yo para resolver problemas que se pudieran haber presentado".

"En relación con las supuestas quejas contra el Ingeniero LOMBANA, el Interventor expresa: "Realmente no recuerdo que el Gerente de INCICON desde que se dio comienzo a la obra después del acta de iniciación tuviera quejas del Ingeniero JOSE LOMBANA; más bien sucedían situaciones inversas, en la cual el Ingeniero Lombana tuvo que hacer llamados de atención y se le remitieron escritos por cambios en los refuerzos de las obras que adelantaban deliberadamente y desde luego sin aprobación de la interventoría".

"Preguntado por las razones para cambiar de Interventor, dijo: "El Ingeniero Jairo Méndez se desempeñaba como Interventor en una obra que el HIMAT adelantaba en la ciudad de Magangué y como ese trabajo se terminó, decidieron en Bogotá trasladar a este funcionario a Sabana de Torres para poder así trasladar nuevamente a Bogotá al Ingeniero JOSE LOMBANA del cual requerían sus servicios en la División de Ingeniería que era donde normalmente laboraba. Fue así como en agosto 24 de 1984 la Sub-dirección de Adecuación de Tierras asignó al Ingeniero Jairo Méndez como interventor de este contrato hasta cuando por motivos de tipo familiar el Ing. MENDEZ determinó retirarse del Instituto".

"En el expediente aparece abundante prueba que demuestra la labor ejercida por el Interventor de la obra; a folio 55 y siguientes del cuaderno No. 3 se pueden leer varios oficios en donde se destaca el incumplimiento del Contratista y los reclamos que se le formularon por parte del HIMAT.

"Por su parte, el Contratista no respaldó su dicho en ninguna prueba escrita, pues no aparece constancia de que hubiera informado de manera oportuna a la Administración sobre las deficiencias de la interventoría.

"Se afirma por el Actor, que la interventoría fue parcializada por haber sido ejercida por funcionarios del mismo ente oficial.

"El Decreto 222/83 en el capítulo 5° del Título VIII, al referirse al contrato de consultoría incluye el de interventoría y en su art. 120 al enunciar las calidades que debe tener el Interventor dice:

"La entidad contratante verificará la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor, que podrá ser funcionario suyo.

"También se podrá contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que posean experiencia en la materia y que estén registradas, calificadas y clasificadas como tales.

"En los contratos de obras el funcionario público, que ejerza la interventoría o la persona que el contratista coloque al frente de la obra, deberá ser ingeniero o arquitecto matriculado, con experiencia profesional no menos de 3 años".

'Y el art. 125 del mismo decreto establece;

"Sin perjuicio de las acciones civiles o penales pertinentes, incurre en mala conducta el funcionario público que ejerza sin el debido cuidado una interventoría que cause perjuicios a la entidad contratante".

"Lo anterior indica que la institución de la interventoría tiene por finalidad, en tratándose de contratos administrativos de obras públicas, velar por la debida ejecución y cumplimiento del contrato.

"Se deduce de las normas transcritas, que no existe prohibición para que un funcionario de la Administración ejerza la función de Interventor, por el contrario la ley lo autoriza expresamente; y una sabia y lógica interpretación nos indica que es conveniente que en la práctica sea un funcionario el encargado de ejercer la interventoría de los contratos que celebra la Administración.

"En relación con los reajustes de precios y obtención de nuevos plazos, factores éstos que a juicio de la parte Actora no debía proponerlos el Contratista, al tenor de los arts. 20 y 21 del Decreto 222/83, este despacho observa, que el mecanismo de Actas y Resoluciones que menciona el art. 21 citado, opera cuando la modificación del contrato propuesta por la Administración, no es aceptada por el Contratista, y el ente oficial la considera necesaria o indispensable en aras del interés público.

"En todo caso el simple aumento de la cantidad de obra, hecho este previsto en el contrato y admitido por el Contratista, solamente requería de la autorización del Interventor.

"En relación con el plazo, ésta era un factor que debía evaluar únicamente el Contratista, pues a él le correspondía la obligación de cumplirlo; de tal manera que si a su juicio consideraba que el aumento de la cantidad de obra le impedía cumplir con el término pactado, ha debido manifestarlo y solicitar una prórroga del mismo.

"De las pruebas allegadas no se deduce que el Contratista se haya negado a realizar la mayor cantidad de obra, tampoco aparece que haya formulado una petición de ampliación del término contractual, por el contrario, lo que quedó plenamente probado fue el abandono total que hizo de la obra.

"Como se advirtió desde un comienzo, esta Fiscalía se refirió de manera específica a las razones expuestas en el recurso de apelación. De allí que únicamente encuentre necesario referirse al análisis que hizo el Tribunal para declarar el incumplimiento del Contratista y acogerlo en su integridad, pues las pruebas allegadas permitieron concluir también a esta Fiscalía que en el presente caso lo que existió fue un incumplimiento contractual de la Sociedad Actora.

"Por todo lo anterior el recurso de apelación propuesto no puede prosperar y la sentencia proferida por el Tribunal debe confirmarse. (fls. 399-406 Cdno. No. 1).

- V -
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Dentro del informativo quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA: Que mediante Resolución No. 3798 de 15 de diciembre de 1983, originaria del Director General del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT-, se ordenó la apertura de licitación privada para la construcción del carreteable paralelo al Canal Santos Gutiérrez, en el Distrito de Lebrija, Regional No. 11, Departamento de Santander (C 3, fol 4), la cual le fue adjudicada a la firma INCICON LTDA, por un valor de VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($29'211.937.90);

SEGUNDA: Que el día veintitres (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), se suscribió el Contrato No. 020 para la ejecución de la obra anterior, habiéndose definido en el mismo que los precios eran UNITARIOS y obligándose EL CONTRATISTA a iniciar los trabajos dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que el HIMAT le comunique la ORDEN DE INICIACION. El plazo máximo para la realización de la misma se concretó en SIETE MESES, contados a partir de la orden de iniciación (C 1, fol 171);

TERCERA: Que el día dieciseis (16) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), los representantes de ambas partes suscribieron el ACTA DE

INICIACION DE LAS OBRAS (C.P. No. 3, fol 73), en la cual se registraron los siguientes hechos:

"I. Se realizó una visita al sitio de la obra, en la cual se hizo referencia al desarrollo de este contrato y se le indicó la referencia topográfica inicial para la localización de la obra.

Se le entregaron los siguientes documentos:

- Planos de diseño de obras
- Planos de diseño de las vías

"II. Maquinaria y personal disponible por parte del Contratista.

1 Volqueta
1 Camioneta
1 Vibro compactador auto propulsado
1 Ingeniero Residente
10 Obreros.

"III. Ubicación del Campamento".

CUARTA: Que el día diez (10) de abril de 1984, con el cheque No. 554932 se pagó la cuenta No. 0385, correspondiente al anticipo, por la suma de OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($8.763.581.37) MONEDA CORRIENTE.

QUINTA: Que el día veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el CONTRATISTA retiró de la obra el personal y el equipo (Ver carta c.c. fol. 127).

SEXTA: Que el día veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), el Director del HIMAT impuso al CONTRATISTA una multa por la suma de QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($539.589.60), equivalente al 5% del valor de la obra que se dejó de ejecutar entre la fecha de suspensión y el día 30 de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la cual, al ser recurrida, fue confirmada por la Resolución No. 03023 de 27 de diciembre de 1984 (C. O 3, folio 88).

SEPTIMA: Que en nota calendada el día nueve (9) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), la representante de la Compañía SEGUROS DEL ESTADO, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 02397 de 23 de octubre de 1984, para que se revoque "...y en su lugar se autorice a la Aseguradora a ejecutar las obras del contrato 020/84, conforme a la alternativa

consagrada por la ley de indemnizar mediante el cumplimiento de la obligación principal afianzada..." (C. 0.3 fol. 233).

OCTAVA: Que el día dieciseis (16) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), se suscribió entre el representante del HIMAT y la COMPAÑIA ASEGURADORA "SEGUROS DEL ESTADO", el primer contrato adicional al No. 020 de febrero 23 de 1984, en cuyas cláusulas tercera, cuarta y quinta, se lee:

"*TERCERA:* Que en vista del incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA se expidió la Resolución 02397 de octubre 23 de 1984 emanada de la Dirección General la cual impuso una multa a la firma Ingenieros Civiles Constructores Limitada "INCICON LIMITADA." y dispuso hacer efectivas las pólizas que garantizaban el contrato.

"*CUARTA:* Que la Compañía Aseguradora "Seguros del Estado" en razón de lo anterior y a que está asegurando al CONTRATISTA ofreció por oficio de noviembre 9 de 1984, suscrito por RUTH MARIA CARDOZO LUNA, representante legal en calidad de Segundo Suplente del Presidente de la Compañía Aseguradora "Seguros del Estado" continuar con la ejecución de las obras del contrato".

"*QUINTA:* Que la cláusula décima cuarta de la resolución 010500 del 5 de marzo de 1984, emanada de la Contraloría Ceneral de la República dispone "CESION DEL CONTRATO". *Si por incumplimiento del CONTRATISTA el asegurador resolviere continuar con la ejecución del contrato y/o cumplir con las obligaciones emanadas del mismo y la entidad contratante estuviere de acuerdo con ello, el CONTRATISTA acepta desde ahora la cesión del contrato a favor del asegurador ".*

"En virtud de lo anterior se ha convenido: a) Seguros del Estado se obliga a dar cumplimiento al objeto del contrato 020 de 1984 en los mismos términos. b) Que para efecto de dar cumplimiento a este contrato se adiciona en el plazo de ejecución en seis (6) meses más contados a partir del vencimiento inicial o sea del 16 de noviembre de 1984. c) Conceder un anticipo adicional del 30% del *valor de las obras por ejecutar a la fecha, que asciende a la suma de VEINTIUN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SEIS PESOS CON 26/100 ($21'849.506.26) MONEDA CORRIENTE* ..."(C.P. No. 3, fol. 237).

"*NOVENA:* Que el día diecinueve (19) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985) los representantes de HIMAT y del CONTRATISTA, suscribieron el ACTA ACLARATORIA que obra a folios 91 y siguientes No. C No. 3, en la cual se hace un BALANCE DEL CONTRATO 020 de 1984, el cual se concretó en los siguientes términos:

"RESUMEN CUENTAS POR PAGAR

"ACTA No.	VALOR NETO ACTA	DEPOSITO GARANTIA 5%
"02		$ 43.638.12
"03		$ 69.213.83
"04	$ 1.557.130.86	$ 121..841.29
"05	$ 1.731.899.78	$ 133.428.34
"06-RA	$ 58.641.75	$ 4.517.86
"07-RA	$ 105.659.78	$ 8.140.20
"08-RA	$ 209.666.50	$ 16.153.05
"09	$ 689.188.92	$ 54.697.57
"10-RA	$ 468.630.46	$ 37.192.93
"11-RA	$ 218.731.43	$ 17.359.64
"12-RA	$ 294.807.09	$ 23.397.43
"0T. No. 081/84	$ 293.706.00	$ - 0 -
"SUBTOTALES:	$ 5.628.062.57	$ 529.580.26

"-Valor por pagar al Contratista	$ 6.157.642.83
"-Anticipo por amortizar	$ 5.586.099.78
"-Valor multa según Resolución No. 02397 de octubre 23/84	$ 539.589.60
"-Valor saldo a favor del Contratista	$ 31.953.45.".

B) A la luz del acervo probatorio que se deja enlistado en el literal anterior, y del que se valorará a lo largo de ésta providencia, la Sala procede a desatar el presente conflicto de intereses, anticipando sí que confirmará la providencia proferida por el *a-quo,* por encontrarla ajustada a la ley y al Derecho.

Por razones de orden, se ocupará de las censuras hechas por el impugnante al fallo, en el mismo orden en que éste las presenta en el escrito en que sustenta la apelación.

"A...

"1. Aumento en las cantidades de obra y el procedimiento para obtener nuevos plazas y aumento de valor".

Para la Sala toda la argumentación orientada a que se haga el reconocimiento por aumento en las cantidades de obra se desmorona por tres (3) razones fundamentales, a saber: a) Porque dentro del informativo no aparece prueba que acredite que la firma demandante la hubiese realizado. En el Tercer Contrato Adicional al 020 de 23 de febrero de 1984, suscrito por la administración, de una parte, y por el representante de la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A., se aceptó que en puridad de verdad "... el valor de las obras resultantes objeto del contrato original fue mayor que el pactado..." debido "... fundamentalmente al cambio en el diseño de los box-culverts y construcción de un puente canal (15 metros de luz) sobre el canal de drenaje D-1 y otras estructuras...", pero ésta realidad fáctica dio lugar a que el HIMAT hiciese un reconocimiento adicional por la suma de SIETE MILLONES NOVENTA MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS ($7'090.210.68), como se desprende del acto jurídico que obra a folios 291 y ss.ss del cuaderno No. 3. No sobra recordar que en ese mismo contrato se adicionó el plazo de ejecución de las obras en dos meses.

A la realidad anterior se agrega que los peritos Señores ERNESTO CHAVEZ PICO y FRANCISCO A. BUILES, en su dictamen, no ilustran al sentenciador sobre la materia, pues se limitaron a cuantificar las obras ejecutadas por INCICON entre los Kilómetros 0+000 al Kilómetro 4+049, sin que del examen de su trabajo pueda concluirse que en ese tramo el demandante hubiese ejecutado obras adicionales en exceso; b) Porque el día diecinueve (19) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), esto es, mucho tiempo después de que la firma demandante hubiese retirado de la obra el personal y el equipo, esta firmó el ACTA ACLARATORIA que obra a folios 91 y siguientes del Cuaderno No. 3 a la cual se hizo referencia antes.

En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión resulta de mayor interés que la de la propia ley, no puede perderse de vista que aunque la anterior acta no es, en puridad de verdad, la de liquidación del contrato, ella sí tiene el alcance vinculante que genera todo acuerdo de voluntades orientado a definir, en un momento dado, todos los aspectos que las partes querían que quedaran claros. Por ello no es de recibo volver contra los actos propios. "VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET". Sobre este particular el Profesor Jesús González Pérez, enseña:

> "Que la norma conforme a la cual "a nadie es lícito venir contra sus propios actos "tiene su fundamento y raíz en el principio general de Derecho que ordena proceder de buena fé en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto DIEZ PICAZO y ha venido corroborando la doctrina posterior.
>
> "La buena fe implica un deber de comportamiento, *que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer.* Como dice una sentencia de 22 de abril de 1987 "la buena fe debe presidir el tráfico

jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella daclaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, *por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto...*" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, págs. 117 y ss.ss) (Subrayas de la Sala).

Dentro del marco jurídico que se deja explicado, no es de recibo la conducta del actor que, habiendo definido con la administración todos los aspectos económicos de la relación contractual, pretende destejer como Penélope lo que antes había tejido. Por ello para el sentenciador resulta claro, en el *sub-lite,* que el demandante finiquitó con la administración los aspectos económicos de la obra ejecutada, al suscribir el Acta Aclaratoria el día diecinueve (19) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985). Nada debe, pues, ésta al demandante, por concepto de obra ejecutada por el período comprendido entre el mes de mayo y el mes de septiembre de 1984, realidad que explica que el supuesto de hecho que se recoge en los puntos setenta (70) y setenta y uno (71), de la *causa petendi* de la demanda presentada el día 30 de septiembre de 1985, hayan quedado resueltos por las partes mismas en el momento ya indicado. Finalmente, debe recordarse que el ACTA ACLARATORIA a que se ha venido haciendo referencia, tiene, apoyo, como en ella misma se dice, en las ACTAS DE RECIBO DE OBRA Y DE REAJUSTE EJECUTADAS DURANTE EL DESARROLLO DEL CONTRATO, las cuales obran a folios 96 y siguientes del C. No. 3. c) Porque, en casos como el presente, no puede hablarse de incumplimiento por la sola circunstancia de que a lo largo de la ejecución del contrato resulte una mayor cantidad de obra. En este particular no puede perderse de vista que el acto jurídico No. 020 de 23 de febrero de 1984 se suscribió con la filosofía de que se pagaría a PRECIOS UNITARIOS, realidad que explica bien el por qué en la cláusula quinta del mismo se precisara que su valor sería el que resultara "... de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas...". Así las cosas, la mera circunstancia de que las obras de alcantarillado y el ponton, lo mismo que la extensión del carreteable, y las obras de arte, resultaran en cantidad mayor, como lo afirma el declarante Señor CARLOS IVAN GARCIA, Ingeniero Residente de INCICON LTDA., resulta irrelevante en el examen del cumplimiento negocial, pues la cláusula contractual a que antes se hizo referencia contempló el evento.

"2. *Supuesta entrega de los planos y diseños respectivos*".

El apoderado de la parte actora aspira a hacerle producir consecuencias en derecho a la circunstancia de que en el momento de iniciación de las obras (abril 16 de 1984) (C Nro 3, fol 73), la firma demandante no recibió "LOS PLANOS

DE EJECUCION DE OBRAS", que son, a su juicio, "*...esenciales para la adecuada construcción y adelantamiento de las obras...*".

Examinando el cargo a la luz del alcance del contrato y de la prueba que obra dentro del informativo, se tiene que en la cláusula DECIMA de aquel se estipuló que: "...los planos, proyectos, normas y especificaciones a que deberá someterse la ejecución de las obras "...serán los que suministre el HIMAT...". Al folio 73 del cuaderno No. 3, obra el ACTA DE INICIACION DE LAS OBRAS, suscrita por las partes el día 16 de abril de 1984, en la cual se dejó constancia de que el contratista recibió los PLANOS DE DISEÑO DE OBRAS y los PLANOS DE DISEÑO DE LAS VIAS. De la circunstancia de que éste sólo hubiese tenido en su poder los DISEÑOS DEFINITIVOS DE LA OBRA el día treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), esto es, un mes después de iniciados los trabajos, no puede inferirse un incumplimiento de la administración. Volviendo sobre el examen de conducta de las partes, cabe preguntar: Si el levantamiento topográfico era indispensable para llevar a cabo los trabajos, por qué causa, motivo o razón, se allanó la firma demandante a suscribir el acta de iniciación de las obras, sin dejar ninguna salvedad sobre tan importante particular? Al proceder así, para demandar luego, tomando apoyo en esa circunstancia del caso, dio entrada a una CONDUCTA CONFUSA, EQUIVOCA O MALICIOSA, que no es de recibo para el Derecho. Sobre este aspecto el Profesor Jesús González Pérez, enseña:

> "Iniciado un procedimiento, bien sea a instancia de un administrado o de oficio por la Administración, uno y otra vienen obligados a una conducta CLARA, INEQUIVOCA Y VERAZ *al realizar cada uno de los actos que integran el procedimiento cualquiera que sea su finalidad: ordenación, instrucción, o incluso terminación. Precisamente, una de las manifestaciones típicas del principio es la interdicción de la conducta confusa, equívoca o maliciosa...*" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 64).

Para el fallador resulta, también inaceptable o inexcusable la conducta de la firma demandante cuando en la carta que el día cuatro (4) de mayo de 1984, le dirigió al Dr. Norman Franco Ovalle, le expresa:

> "1. El Acta de Iniciación dice que se nos dio la referencia topográfica para la LOCALIZACION de la obra, más esto NO es así...". (C 3 ANT. fol. 189).

Y se predica lo anterior, porque transitando por el camino de la mentira se genera inseguridad jurídica, falta de certeza y desconfianza en el prójimo. Las personas o firmas que contratan con los entes administrativos tienen el deber moral y jurídico de no suscribir documento alguno que no se ajuste a la realidad, pues al proceder en sentido contrario, están dando lugar, como ya se destacó en antes, a conductas CONFUSAS, EQUIVOCAS O MALICIOSAS, de las cuales no pueden pretender sacar posteriormente beneficio alguno.

Agrégase a todo lo anterior que entre el día 16 de abril de 1984, fecha de iniciación de los trabajos, y el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), momento en que el contratista retiró de la obra el personal y el equipo, éste no estuvo inactivo, pues llevó a cabo las obras que se relacionaron en las actas Nos. 002 a OT. No. 081/84, como se desprende de los documentos que obran a folios 92, C No. 3 y 5 C 3 ANT, por un valor que permitió amortizar prácticamente todo el anticipo que fue de OCHO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS ($8.763.581.37). En estas circunstancias, no se vivencia el perjuicio que haya podido sufrir el demandante con la entrega de los DISEÑOS DEFINITIVOS DE LA OBRA el día treinta (30) de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), esto es, sólo un mes después de iniciados los trabajos. Ni la prueba pericial ni la testimonial que obra en el informativo da margen al sentenciador para llegar a una conclusión diferente. La Sala recuerda que en casos como el presente, es de aplicación obligatoria la filosofía jurídica que la Corte Suprema de Justicia recoge en su fallo de 27 de febrero de 1946, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hinestroza Daza, Gaceta Judicial. Tomo 60 Nos. 2.029 a 2.037, pág. 59, donde en lo sustancial se discurre dentro del siguiente temperamento:

> "... como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que *quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido*. Mas todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros".

Dentro de la perspectiva jurídica que se deja estudiada, cabe concluir que en el *sub-lite* no se demostró que el perjuicio alegado sea cierto, lo que impide proferir sentencia de condena por la situación fáctica que se deja estudiada.

"3. *La Interventoría.*

Las glosas que se hacen a la Interventoría, al sustentar el recurso de apelación, no están demostradas. Por lo demás, de haber existido alguna falla u omisión de ésta, no se acreditó dentro del informativo que ellas fueran fuente del perjuicio alegado en la demanda. En este particular la Sala encuentra que del acervo probatorio surgen vivencias de contradicción, pues mientras el Ingeniero Residente de INCICON LTDA., dice en su declaración que el interventor Dr. Alarcón "...viajaba cada 8 días o el día que había acta de recibo de obra...", conducta que daría pie para pensar que algún trabajo pudo retrasarse, el Gerente de la firma demandante, en la carta que obra al folio 189 del C No. 3 ANT, dirigida al Dr. Norman Franco Ovalle, Subdirector de Adecuación de Tierras del HIMAT, le expresa:

"3. Al llegar a la obra en Sabana de Torres, encontramos que, no se había enviado la Comisión, el Dr. Lombana no nos había localizado las obras y el día 4 de mayo el doctor Alarcón, *quien, queremos dejar constancia nos ha prestado LA MEJOR DE LAS COLABORACIONES,* no estaba enterado de lo hablado en Bogotá ni ha recibido nada por escrito...".

Así las cosas, cabe preguntar: ¿A quién se le cree? Al testigo o al Gerente? La Sala, frente a esta realidad probatoria, opta por considerar que no se probó el cargo.

En el punto 40 de la *causa petendi* el apoderado de la parte actora afirma que: "El mismo 28 de marzo de 1984 "INCICON LTDA." solicitó a los Ingenieros ALARCON y LOMBANA la localización de las obras de mampostería, puesto que el personal llevaba ocho días sin hacer nada por falta de tal localización y de diseños que reflejaran los lugares de tales obras. Sin embargo no fue posible que el HIMAT localizara los puntos para hacer tales obras de mampostería, en especial porque el Ingeniero JOSE LOMBANA aduce no tener la suficiente autonomía para ello, desde luego que su Jefe inmediato el Ingeniero LUIS ENRIQUE ALARCON, permanece en Bucaramaanga y no puede ser consultado prontamente".

En este particular el fallador encuentra que el demandante, a lo largo del libelo, censura la conducta del HIMAT por hechos anteriores al 16 de abril de 1984, momento en el tiempo físico en que se firmó el ACTA DE INICIACION DE LAS OBRAS, perspectiva que no hace suya, pues siendo cierto que el contratista optó por anticipar los trabajos, ello ocurrió a su propio riesgo y ventura. Los actos jurídicos se firman para ser cumplidos dentro del marco consagrado en sus cláusulas, y en la duodécima del Contrato 020 de febrero de 1984, se estipuló que la obra se debía iniciar sólo dentro de los quince días siguientes a la fecha en que el Himat comunicara la orden de iniciación, circunstancia particular del caso que sólo se dio el 16 de abril de 1984. Razones de orden explican bien que los deberes jurídicos se deben cumplir en el momento oportuno, pues sólo así se puede exigir de las partes un comportamiento determinado.

Las razones que se dejan expuestas llevan al sentenciador a rechazar el cargo.

"*4. Elaboración del levantamiento topográfico por el Ingeniero Residente de INCICON LTDA.*"

Bajo este rubro la Corporación no tiene consideraciones marginales adicionales para hacer, pues el tema quedó agotado al estudiar la censura que se hizo por el actor al fallo bajo la referencia: "Supuesta entrega de los 'planos y diseños respectivos' ".

"*5. Supuesto incumplimiento de INCICON.*"

Bajo la anterior referencia el procurador judicial de la parte actora censura la sentencia del *a-quo* por enrostrarle a su poderdante incumplimiento contractual, y vuelve a insistir en el incumplimiento del HIMAT, por la no entrega oportuna de los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS". Sobre las realidades comentadas edifica luego sus conclusiones sobre la filosofía jurídica que informa la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS, para concluir diciendo:

> "En virtud, precisamente, de la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS, INCICON LTDA., retiró el personal y equipo del lugar de ejecución de la obra, porque sencillamente no soportoba el estado de postración a que el HIMAT la sometió."

Dada la importançia jurídica del tema, la Sala desea detenerse en este punto, para recordar que buena parte de la doctrina se muestra reticente para aceptar que este medio de defensa en la contratación administrativa. Así el Profesor JEAN RIVERO, en su obra "Derecho Administrativo", enseña:

> "1o. Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS para suspender la ejecución de sus propias obligaciones; el *particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la Administración;* sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la resolución en caso de falta muy grave" (Obra citada. Traducción de la 9a. Edición. Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1984, pág. 37).

A su turno, HECTOR JORGE ESCOLA, al discurrir dentro del mismo temperamento, enseña:

> "Ahora bien: vinculada de algún modo con la teoría del hecho de la administración, debe estudiarse ahora una cuestión que se ha prestado a algunas discusiones en la doctrina, como es la de determinar si tiene o no aplicación, en el ámbito de los contratos administrativos, la clásica "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS", de tradicional vigencia en el derecho privado.
>
> "En el derecho común, como es sabido, se ha admitido de antiguo que en los contratos bilaterales las obligaciones a cargo de una de las partes son correlativas de las que quedan a cargo de la otra, por lo que sería injusto que una de ellas pudiese exigir el cumplimiento de las que corresponden a su cocontratante, sin que a su vez haya cumplido las que a ella le corresponden. Por eso, en el derecho romano se acepto que la parte a la cual se demandaba la ejecución de un contrato, podía hacer rechazar la demanda alegando el incumplimiento del actor, por medio de una exceptio doli, a la que los comentaristas designaron posteriormente bajo el nombre de "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS", la que pasó a la mayoría

de las legislaciones antiguas y modernas, siendo incluida en nuestro Código Civil en los términos en que lo hace en su art. 1201.

"Así concebida, la *exceptio* referida ha sufrido en nuestro medio algunas restricciones, en cuanto la jurisprudencia ha establecido que para que prospere debe referirse a obligaciones principales y no accesorias del contrato, así como que el incumplimiento sea de naturaleza grave.

"En el derecho público, y en especial en el derecho administrativo, es predominante la opinión de que la "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" no puede ser trasladada ni aplicada respecto de los contratos administrativos, aún cuando se reconoce la existencia de criterios favorables a su aplicación, en mayor o menor grado, a estos contratos.

"Por nuestra parte, nos adherimos a la opinión de quienes sostienen que la "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS" no tiene cabida en el contrato administrativo, teniendo en cuenta, para afirmar esta conclusión, las siguientes circunstancias:

"1. El contrato administrativo persigue un fin de interés público, lo que origina que en él se reconozcan principios y potestades exorbitantes del derecho privado entre ellos el principio de la continuidad en la ejecución, al cual nos referimos en el No. 87, y que se vería afectado por la posibilidad de la aplicación de la *exceptio*.

"2. El cocontratante particular no es un simple cocontratante, sino que adquiere en el contrato administrativo el papel de un verdadero colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin, por lo que debe hacer todo lo que esté de su parte para alcanzarlo.

"3. La exceptio que nos ocupa encuentra su razón de ser en principios y fundamentos que no se concilian con los que dan basamento al derecho administrativo, en los cuales se halla, incluso, en contradicción.

"Pero si rechazamos la posibilidad de que en el contrato administrativo pueda plantearse la "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS", de la misma forma como se lo hace en el derecho privado, eso no significa que aceptemos que el cocontratante particular quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de las obligaciones correlativas de la administración y que deba cumplir las suyas á outrance, puesto que tal resultado sería manifiestamente injusto y también inmoral para la administración pública, que no puede sacrificar de esa manera a quien es su colaborador.

"En este sentido, como ya lo dijimos, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no sólo en cuanto su conducta pueda llevar a la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la "razonable" imposibilidad de cumplirlo, teoría que

guarda perfecta correlación con las exigencias del interés público y los principios de la contratación administrativa. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato por la administración vendría a constituir, a ese fin, un hecho de ésta que podría alegarse como tal. Además, siempre el cocontratante particular tendrá la posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento administrativo y, eventualmente, de solicitar las demás medidas que sean conducentes a la defensa de sus derechos.

"Lo que negamos es que pueda articularse en el contrato administrativo, frente a un incumplimiento de la administración, una exceptio que tendría tan rigurosos efectos para las relaciones contractuales administrativas y para lo que con ellas quiere lograrse.

"El sistema propuesto resulta preferible, a nuestro juicio, a la simple admisión de un principio de derecho privado que no guarda relación con la estructura de la contratación administrativa, llegándose a iguales resultados, sin los inconvenientes doctrinales y prácticos que se derivan de la admisión de la "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS". (Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I. Parte General Ed. Depalma. págs. 435-438).

En su obra "Responsabilidad Contractual de la Administración Pública", Editorial Temis 1989, el Dr. Rodrigo A. Escobar Gil, al ocuparse del estudio de este tema, recuerda:

"ARIÑO ORTIZ en su magistral estudio, al explicar *el origen administrativo del principio de la equivalencia económica, no extrae de sus argumentos sus últimas consecuencias por interpretar el principio desde una rigurosa perspectiva administrativa.* Dice el autor:

"El origen administrativo de este principio, es en definitiva, la excepción al principio general de la lex comisoria (art. 1124 del C.C., 1o), lo que juega a favor de la administración en los contratos administrativos, y la común inexigibilidad del *facere* respeto de la administración (excepción al art. 1124, 2o). Como es sabido arts. 40 y 41 del pliego general de 1903, *el quebrantamiento del contrato por la administración, incluso de las cláusulas inmutables de las concesiones, no genera a favor del contratista la exceptio non adimpleti contractus, precisamente por las potestades de modificación o de suspensión de que aquella goza.* Así, pues, deberá seguir en el cumplimiento del mismo, si bien tendrá derecho después a la correspondiente compensación por equivalente (arts. 40 y 54, en relación con el 565 del pliego 903, y sobre todo, art. 56 del R.C.C. L., donde el principio está perfectamente enunciado)".

"No obstante la especialidad administrativa del principio, su fundamento es la reciprocidad de las prestaciones, consubstancial a los contratos bilaterales,

pues si en la regulación de estos en el derecho privado, se han instituido las técnicas de la *lex comisoria, del facere, y de la exceptio non adimpleti contractus*, es para asegurar la vigencia de la reciprocidad de las prestaciones y de la equivalencia económica. Al no existir estas técnicas propias del derecho privado en el contrato administrativo, por ser incompatibles con las exigencias del interés general, era necesario instituir un dispositivo para compensar al contratista por los perjuicios derivados del ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, y así preservar el contenido sinalagmático del negocio jurídico; lo que constituye la razón jurídica de la teoría de la equivalencia económica.

"En efecto, la reciprocidad de las prestaciones le da una fisonomía especial al contrato bilateral, que se manifiesta no solo en la celebración del negocio jurídico sino durante toda la vida de la relación jurídica.". (Obra citada. págs. 106-107). (Subrayas de la Sala).

No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predican que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, etc, lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la *exceptio non adimpleti contractus* se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o nó.

En apoyo de esta perspectiva viene el Profesor Miguel Angel Bercaitz, quien en su obra "Teoría General de los Contratos Administrativos" Ediciones Depalma, 1980, pág. 371, enseña:

"Pero este principio no es absoluto y tiene sus límites.

"Rectificamos en tal sentido lo dicho en la primera edición de nuestra obra. Concordantemente, expresa Escola que si bien es correcto el "criterio de quienes sostienen que la "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRAC-

TUS" no tiene cabida en el contrato administrativo..., la aplicación de la teoría de la "razonable" imposibilidad de ejecutar esos contratos, vinculada, a su vez, a la teoría del hecho de la administración y a las consecuencias que son propias de éste, permite solucionar todas las situaciones que puedan presentarse, de manera adecuada".

"En determinadas circunstancias, el cocontratante podrá oponer a la Administración la defensa de *non adimpleti contratus*, o las que indica Escola, e inclusive pedir la rescisión del contrato cuanto la inejecución de sus obligaciones en tiempo oportuno por la Administración, haga imposible razonablemente el cumplimiento de las asumidas por él.

"Tal el caso de la falta de entrega del terreno donde debe ejecutarse una obra pública, o la de los planos, elementos, o materiales que la Administración se obligó a suministrar, o de los originales para un trabajo tipográfico, o devolución de las pruebas corregidas, etc.".

En el caso en comento, el sentenciador encuentra que los hechos invocados no tenían ni tienen el universo que se deja definido, y, por lo mismo, no autorizaban a la firma demandante a proceder como procedió.

"7. *La supuesta cesión del contrato*".

Los reparos que el impugnante le hace a la sentencia proferida por el *a-quo*, por cuanto en su fallo habla de la "CESION DEL CONTRATO", son de recibo, pero resultan sin universo jurídico para despachar las pretensiones que se enlistan en la demanda que se presentó el día treinta (30) de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), pues esa realidad fáctica nada tiene que ver con el supuesto incumpliento del HIMAT. La simple circunstancia de que la representante de la Compañía Seguros del Estado S.A., notificada del alcance de la Resolución No. 02397 de 23 de octubre de 1984, que impuso una multa a INCICON LTDA., por la suma de QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS CON SESENTA CENTAVOS ($539.589.60), interpusiera contra tal acto administrativo el recurso de reposición, solicitando su revocatoria y pidiendo que en su lugar se autorizara "...a la Aseguradora a ejecutar las obras del Contrato No. 020/84, conforme a la alternativa consagrada por la ley de indemnizar mediante el cumplimiento de la obligación principal afianzada", no impedía que entre INCICON LTDA. y el HIMAT, se planteara el presente debate jurídico, con el fin de definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de los deberes jurídicos que para ambas partes surgieron del contrato bilateral. No es de recibo, pues, la perspectiva jurídica que se recoge en el fallo impugnado, cuando predica que la comentada CESION hizo perder a INCICON LTDA el derecho a accionar, pero esta verdad jurídica no tiene relación de causa a efecto con el incumplimiento de HIMAT que se alega en el libelo. En apoyo de esta perspectiva viene la carta que el día 9 de noviembre de 1984, envió el Segundo Suplente del Presidente de la la Compañía de Seguros del Estado al Dr. Fabio Bermúdez Gómez, Director General del HIMAT, en la cual le

recuerda que INCICON LTDA., mediante comunicación del 8 de noviembre de 1984, suscrita por su apoderado, confirmó su autorización para que la Aseguradora continue como cesionaria del contrato "*dejando expresa reserva de que reclamará ante los órganos respectivos las indemnizaciones por los daños y perjuicios que padecieron en desarrollo del contrato que se comenta*"..." (C 3, fol 233 y 234) (Subrayas de la Sala).

"*B. IMCUMPLIMIENTO DE LA DEMANDADA.*

1o. *Falta de entrega, por parte del HIMAT, de los "PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS" y su trascendencia.*

La Sala no niega la trascendencia de los llamados PLANOS DE EJECUCION DE OBRAS, pero todos los ataques que se hacen al HIMAT, por la alegada entrega retardada de los mismos, quedaron minimizados cuando se estudio este aspecto bajo el rubro: "2. Supuesta entrega de los "planos y diseños respectivos". A lo allí expresado nada hay que agregar.

"*Falta de apreciación de algunos medios de prueba.*

Se lamenta el apoderado de la parte actora porque el *a-quo*, no apreció el dictamen pericial rendido por los auxiliares de la justicia, señores FRANCISCO A. BUILES B. y ERNESTO CHAVEZ P. (Pruebas. C 2., fol. 125), lo mismo que algunos testimonios y actas, que "...demuestran el aumento y alteración desmesurados en la cantidad y calidad de obras". Para la Sala el cargo resulta insulso para definir el incumplimiento del HIMAT, pues si bien es cierto que del referido dictamen se desprende que la longitud de la obra fue de 12.573 metros, de los cuales INCICON LTDA. sólo construyó 4.049 metros, es lo cierto que el contrato No. 020 de 23 de febrero de 1984, se suscribió con la filosofía de que se pagaría a PRECIOS UNITARIOS, realidad que explica bien el por qué de la cláusula quinta del mismo, en la cual se precisó que su valor sería el que resultara "...de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas...". Así las cosas, la alteración en las cantidades inicialmente contempladas no podía ser motivo de censura del contratista para el HIMAT. La realidad probatoria muestra que la COMPAÑIA SEGUROS DEL ESTADO S.A., logró la firma de tres contratos adicionales. (C 3 fols. 235, 268 y 291) en virtud de los cuales se amplió el plazo y se adicionó el monto del contrato. En el último, la administración expresamente hace estas declaraciones y reconocimientos:

"1) Que el valor de las obras resultantes objeto del contrato original fue mayor que el pactado. 2) El incremento de las cantidades de obra, que se debió fundamentalmente al cambio en el diseño de los box-culverts y construcción de un puente canal (15 metros de luz) sobre el canal de drenaje D-1 y otras estructuras. 3) El Comité Central de Licitaciones, Contratos y Adquisiciones en Sesión 35 de septiembre del presente año, recomendó al Director General aprobar dichas adiciones en valor y plazo de acuerdo a las siguientes cláusulas: CLAUSULA PRIMERA. Adicionar en dos (2) meses

el plazo de ejecución del contrato original y de sus dos adiciones anteriores suscritas el 16 de noviembre de 1984 y 8 de mayo de 1985, contados a partir de la terminación del plazo concedido por el segundo contrato adicional suscrito el 8 de mayo de 1985 el cual fue suspendido por acta, a partir del 4 de julio de 1985. CLAUSULA SEGUNDA. Adicionar en SIETE MILLONES NOVENTA MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS ($7'O90.210.68) M.CTE el valor del contrato 020/84 ascendiendo el valor total del contrato a TREINTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS DOS MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS CON 58/100 ($36.3O2.148.58) M.CTE...".

Dentro del marco fáctico anterior y prosiguiendo con la valorización de conducta de las partes, la Sala encuentra que la administración hizo honor a las disposiciones contractuales, ampliando los plazos y reconociendo el costo de la mayor cantidad de obra. No se aprecia, *prima facie,* una buena razón que permita concluir que lo que el HIMAT hizo con la Compañía de Seguros del Estado no lo hubiese hecho también con INCICON LTDA.

No era, pues, menester acudir al experticio o a la prueba testimonial o documental para dar por probado que sí hubo un aumento y alteración en la cantidad y calidad de las obras, pues todo ésto fluye del contenido del tercer contrato adicional. Lo que no resultó debidamente probado, fue la negativa del demandado a hacer al demandante los reconocimientos correspondientes. Entre otras cosas, cómo obligarlo a pagar los 12.573 metros de obra cuando sólo construyó 4.049 metros? Agrégase a todo lo anterior que la obra ejecutada por la firma demandante le fue reconocida y pagada, como se desprende del Acta que los representantes de las partes suscribieron el día 19 de abril de 1985, cuyo alcance jurídico se valoró en uno de los apartes de éste proveído.

Agotado el estudio de los cargos hechos a la sentencia, parece conveniente recordar, que uno de los principios que informan la ejecución contractual administrativa es el de MUTABILIDAD, en virtud del cual la administración pública "...tiene la posibilidad de modificar unilateralmente sus términos, afectando de ese modo la ejecución de esos contratos y variando las prestaciones debidas por el cocontratante particular", como lo enseña el Profesor Héctor Jorge Escola en su Obra Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Vol 1. Parte General. Ediciones Depalma 1977, pág. 391). Esta perspectiva jurídica es la que lleva al mismo tratadista a recordar:

"En el derecho privado, como es conocido, la situación es totalmente di-ferente, ya que por aplicación del clásico principio *"pacta sunt servanda"*, recogido por disposiciones legislativas como el art. 1134 del Código Napoleón o el art. 1197 de nuestro Código Civil, impera el criterio de la inmutabilidad de las convenciones, que se mantiene como norma general fundamental, a pesar de los embates del "dirigismo contractual" y la "publicización" del contrato. De tal modo, desprestigiada la regla *"rebus*

sic stantibus" del derecho canónico de la Edad Media, en el derecho privado se acepta que lo que se ha pactado deba cumplirse ineludiblemente, y debe cumplirse tal como fue convenido, ya que lo que el *mutuus consensus* ha establecido, sólo el *mutuus dissensus* puede modificarlo, puesto que ninguno de los contratantes puede unilateralmente alterar el contrato.

"En el derecho administrativo, si bien inicialmente existieron algunas opiniones autorizadas que se opusieron a esta posibilidad, *predomina el principio de que en los contratos administrativos es admisible la potestad de la administración pública para variar por sí sola lo que haya sido fijado en las convenciones contractuales, existiendo por esa vía una alteración de las prestaciones y de las condiciones como deban cumplirse.* Ello se trasunta en una menor estabilidad de las situaciones individuales originadas por el contrato administrativo, lo que es tanto más evidente desde que se acepta que esas alteraciones así dispuestas por la administración son obligatorias para su cocontratante.

"En consecuencia, si el principio de la inmutabilidad impera en todo el derecho privado, en el derecho administrativo pierde su trascendencia para dar lugar justamente a un principio opuesto, *que es el de la mutabilidad de las relaciones contractuales administrativas*, como reserva otorgada a la administración pública, lo que significa la quiebra, en el derecho público, de una estricta y rigurosa aplicación de la regla *"pacta sunt servanda"*.

"Si bien algunos autores entienden que el principio de mutabilidad de los contratos administrativos no es sino una consecuencia derivada del poder de dirección y control que en tales contratos tiene la administración pública, lo cierto es que el fundamento del poder de la administración para modificar los contratos administrativos que celebra *no es otro que el que resulta de la necesaria atención del interés público confiado a su gestión.*

"Ya Hauriou había sostenido, refiriéndose a la concesión de servicios públicos, que no podía dudarse de que contratos de ese tipo no cabía considerarlos en la misma forma en que se lo hacía en el pasado, con arreglo a principios válidos en el derecho privado, opinión que el Consejo de Estado francés también había mantenido al decir que siempre que el Estado celebra verdaderamente un contrato de servicio público, hace algo distinto de lo que hace un contratante ordinario, un contratante del Código Civil o del Código de Comercio.

"Jéze, con la claridad que lo caracterizaba, enseñaba que en los contratos administrativos prevalece el interés general del funcionamiento regular y continuo del servicio público sobre el interés particular del cocontrantante, por lo que "hay que concluir, entonces, y se ha concluido, que *la administración tiene la facultad de introducir, durante la ejecución, las modificaciones que estime necesarias para el buen funcionamiento del servicio público en vista del cual se ha celebrado el contrato administrativo"*.

"Como lo recuerda Marienhoff, la administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que se tornan inadecuadas para satisfacer las necesidades que al contratar se tuvieron en mira, por el solo prurito de mantener intangible una regla del derecho privado, pensada y aplicada para regular relaciones de otro carácter y que persiguen finalidades también distintas. Las necesidades y el interés público deben prevalecer, deben ser convenientemente satisfechas, y de ahí que si se hace necesaria la modificación de las estipulaciones del contrato oportunamente celebrado, aun cuando esas modificaciones deban regir desde un principio, ellas deben ser efectuadas, adquiriendo así la mutabalidad de los términos del contrato administrativo la validez de un principio que debe necesariamente prevalecer.

"La mutabilidad de los contratos administrativos, de tal forma, es una consecuencia impuesta por el propio carácter de éstos, por las finalidades de interés público que con ellos se procura alcanzar, así como también por la posición de subordinación que en tales contratos tiene el cocontratante particular.

"*Esta particular posibilidad de que goza la administración pública no constituye un "derecho", sino que por su índole y por la finalidad que le da su razón de ser, es una verdadera "potestad",* que le es inherente, y que es esencial para que pueda cumplir, en la órbita de las contrataciones administrativas, el rol que la caracteriza.

"Y si el principio de mutabilidad se manifiesta como una potestad administrativa, va de suyo que *no puede ser renunciado por la administración ni por convenciones generales o especiales*, ya que como lo ha dicho Jéze, "la facultad de la administración *para modificar la extensión de las prestaciones*... es una regla de orden público, que no puede derogarse por convención de las partes... El ejercicio de la competencia de la administración para el buen funcionamiento del servicio público, es inalienable". Ello no obsta, sin embargo, *a que puedan convenirse ciertos derechos en favor del cocontratante particular, como el de poder pedir la rescisión del contrato ante determinadas modificaciones que introduzca la administración.*

"Por tal circunstancia, la potestad modificatoria que corresponde a la administración pública no procede sólo respecto de ciertos contratos administrativos, sino que cabe en todos ellos, cualquiera que sea su clase y su objeto específico, aun cuando su ejercicio podrá ser más amplio en unos que en otros, según la naturaleza del contrato, el grado de colaboración del cocontratante particular y el plazo durante el cual se deban efectuar las prestaciones, siendo de anotar, en este último sentido, que es de prever mayor mutabilidad en las prestaciones a largo plazo, que en los contratos instantáneos o de corto plazo. Las condiciones y la importancia de las modificaciones no son, tampoco, las mismas en todos los casos.

"Por otra parte, como el *principio de mutabilidad es, como resulta ya obvio, una condición exorbitante del derecho privado que tiene carácter virtual, no necesita ser expresamente consignado en los contratos administrativos para que tenga plena existencia,* sino que debe considerárselo siempre como implícitamente incluido, lo que no impide que las partes puedan prever y consiguen en cada contrato el modo y la forma como se ejercerá tal potestad y los efectos que ese ejercicio podrá llegar a producir en la relación contractual y aun en su subsistencia.

"Ahora bien: si la potestad modificatoria de la administración pública debe existir y realmente existe en todo contrato administrativo, el ejercicio de esa potestad ¿es ilimitado?; *¿puede la administración modificar a su arbitrio un contrato administrativo?*

"La doctrina es unánime al señalar que la mutabilidad del contrato es limitada y debe estar sujeta a principios de razonabilidad que la constriñan a extremos que sean aceptables, dentro de las motivaciones que justifican su existencia.

"Una potestad de este tipo, ejercida sin ninguna restricción, destruiría la posibilidad del contrato como tal, ya que no debe nunca olvidarse que el contrato administrativo es, también, y a pesar de todo, la ley de las partes, a la cual ambas deban someterse.

"En primer lugar, toda modificación que la administración pública pretenda introducir en un contrato administrativo debe respetar, sobre todo, *la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto,* ya que una alteración llevada a tal extremo significaría, en realidad, la conformación de un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual, por lo tanto, no ha mediado consentimiento. Son muchos los ejemplos que se dan en este sentido, pudiendo citarse entre ellos los siguientes: a) se contrató la construcción de un edificio de madera, y la administración pretende variarlo imponiendo la construcción en cemento armado; b) se contrató la provisión de alumbrado a gas, y se modifica el contrato previendo la provisión de alumbrado eléctrico; c) se contrató el suministro de forrajes para la caballada de un regimiento, y al motorizarse éste, se pretende variar el contrato imponiendo la provisión de nafta y otros combustibles líquidos, etc.

"Modificaciones del tipo de las señaladas, *que van más allá de una mutabilidad razonable del contrato,* darían derecho al cocontratante particular a su rescisión y a que se le paguen los perjuicios que hubiera sufrido. La administración pública, como se advierte, no pierde su potestad de variar el contrato, si así lo exige el interés público, pero la limitación de esa prerrogativa genera un derecho cierto en favor del cocontratante, que éste a su vez podrá ejercer.

"*La segunda limitación* que encuentra la potestad modificatoria de la administración es la que resulta de la necesidad de que en todo momento, *al disponerse la modificación de la relación contractual, debe mantenerse su equilibrio económico-financiero en favor del cocontratante particular, debiendo de indemnizarlo cuando las modificaciones produzcan la ruptura de ese equilibrio,* o efectuarse los reajustes que correspondan para evitar que obtenga indebidos beneficios. Una mayor prestación, por ejemplo, que origine mayores inversiones al cocontratante, debe serle compensada; mientras que una reducción de esas prestaciones podrá dar lugar a una disminución en los pagos. *Es que el poder de introducir modificaciones, como sostiene Sayagués Laso, no supone el sacrificio del particular contratante, ni tampoco beneficiarlo indebidamente.*". (Subrayas de la Sala).

Aplicada la anterior filosofía jurídica al caso en comento se tiene que el incremento en la cantidad de obra, la construcción del puente canal (15 metros de luz) sobre el canal de drenaje D-1, fueron CAMBIOS RAZONABLES que, por lo mismo, no pueden presentarse como fuente de incumplimiento negocial del HIMAT. Quien contrata con la administración debe saber, pues, que ésta goza de poderes exorbitantes, de cuyo alcance debe tener la cabal comprensión, pues la contratación administrativa no se deja manejar siempre con la filosofía que informa la civil, comercial, etc.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el día veintiseis (26) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído;

SEGUNDO. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

FALLA PERSONAL DEL AGENTE/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Inexistencia

Para que se dé la falla personal se requiere: a) Que el acto perjudicial que se le imputa al funcionario haya sido realizado por éste por fuera del ejercicio de sus funciones; b) Que el móvil del mismo, aun cuando se actúe en ejercicio de éstas, haya sido dañado; c) Que el acto, también ejercido dentro de la órbita del servicio, muestre una irregularidad burda, como sería una vía de hecho o un ilícito penal. Sin embargo, estos factores pueden, en ciertas circunstancias, constituir también falla del servicio. Con un simple indicio (que tenía revólver de dotación oficial) no puede concluirse que con éste se produjo el hecho dañoso y se comprometió la responsabilidad estatal. La falla presunta comporta una exención en la carga probatoria, pero no total porque, como mínimo, para su aplicación se requiere la demostración de los supuestos que permitan su operancia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6017. -Indemnizaciones.- Actor: Miryam Salazar Orozco.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 24 de octubre de 1989, mediante la cual el tribunal administrativo de Risaralda denegó las súplicas de la demanda.

Súplicas que fueron formuladas en la demanda presentada el 28 de septiembre de 1988 en los siguientes términos:

"1. LA NACION COLOMBIANA - Ministerio de Defensa -Policía Nacional- es administrativamente responsable de las lesiones y consecuencias recibidas por la señora MIRYAM SALAZAR OROZCO, por falla del servicio y a manos de agente de policía del Estado que portaba arma de dotación oficial, en hechos ocurridos el día 29 de septiembre de 1986 en Dosquebradas (Risaralda).

"2. Como consecuencia de la responsabilidad administrativa declarada, condénase a LA NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL a pagar los perjuicios materiales y morales, así:

"PERJUICIOS MATERIALES. (Lucro cesante y daño emergente). En el lucro cesante se incluirán los intereses compensatorios sobre el valor del mismo que se originen entre la fecha de caución y la de fijación de la indemnización. La cuantía será de las bases que resulten aportadas en el proceso y de no ser posible su establecimiento concreto. Podrán ser estimados o tasados por el fallador hasta en la suma de CUATRO MIL GRAMOS DE ORO, según el art. 107 del C.P. y liquidados al precio oficial de dicho metal A LA FECHA DE LA SENTENCIA, como reiteradamente lo señala el Consejo de Estado.

"A: MIRYAM SALAZAR OROZCO, lesionada. Su pago se hará en moneda corriente colombiana, es decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios entre aquellas fechas.

"PERJUICIOS MORALES:

Dada la gravedad de las consecuencias de la lesión -"totalmente incapacitada" que la equiparán a la muerte, se reclamarán los que la jurisprudencia presume en caso de ésta.

"A: MIRYAM SALAZAR OROZCO, ANA MILENA CARDOZO SALAZAR, BEATRIZ ELENA CARDOZO SALAZAR Y MARIA DEL PILAR CARDOZO SALAZAR, en la suma de MIL GRAMOS ORO, para cada una, liquidados al precio oficial del dicho metal, en la fecha de la sentencia.

"INTERESES. Una vez liquidadas las condenas por los perjuicios materiales y morales, las sumas fijadas causarán intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria del proveído correspondiente; de allí en adelante serán moratorios.

"3. LA NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL deberá cumplir estrictamente con lo prescrito en los artículos 176 y 177 del C.C.A.".

Como hechos se narraron en síntesis:

Que el señor José Dionisio Calvache Rosero, agente de la Policía Nacional, hirió gravemente a la señora Miryam Salazar O. con su arma de dotación oficial y cuando se encontraba en estado de embriaguez.

Que el suceso tuvo ocurrencia el día 29 de septiembre de 1988, a eso de las 2 a.m., en la zona urbana del municipio de Dosquebradas.

Que por tales hechos el agente Calvache fue retirado del servicio con calificación de mala conducta, no sólo por la desordenada vida familiar que llevaba sino por haber estado ingiriendo licor uniformado y portando arma de dotación oficial.

Que las heridas le causaron a la víctima paraplejía y otras secuelas graves que la redujeron a una silla de ruedas.

Tramitada la primera instancia, el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda. Estimó que no se había dado la falla del servicio, porque el proceso no ponía de presente sino la falla personal del agente, deslindada de toda vinculación con el servicio público.

Descontenta la parte actora (ya reducida a las hijas de la señora Salazar O., por el fenómeno de la sucesión procesal reconocida durante la primera instancia), interpuso el recurso de apelación.

Tramitado lo de rigor en esta segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

El agente del ministerio público (fiscal 8° de la Corporación) en su vista de 6 de julio de 1990 estima que la decisión del tribunal merece ser confirmada, por cuanto no se probó la falla del servicio ni la utilización por parte del agente del arma de dotación oficial.

Por su lado, el apoderado de la actora solicita la revocatoria, con el argumento de que se dio la falla del servicio y que la lesión se produjo con arma de dotación oficial. Refuerza su argumentación con cita de la sentencia de julio 31 de 1989 de la cual fue ponente el señor Consejero De Irisarri Restrepo (Proceso 2852, Jorge Arturo Herrera V.).

La parte demandada insiste en la ocurrencia de la falla personal del agente José Dionisio Calvache Rosero.

Para la Sala la sentencia será confirmada, porque el proceso pone de presente que no se dio la falla del servicio (ni la probada ni la presunta).

No se dio la primera porque no se demostró que el agente público, en labores propias del servicio o vinculadas con éste, causó las heridas a la señora Miryam

Salazar Orozco. Antes, por el contrario, se estableció que la actuación de aquél se cumplió una o dos horas más tarde de la terminación del turno de servicio de ese día; que esa actuación se llevó a cabo en la casa que compartía con su concubina y cuando se aprestaba a acostarse; o sea cuando no cumplía misión oficial alguna. Tampoco se demostró que las heridas las produjo con su arma de dotación oficial o que el hecho en alguna forma estuviera vinculado con el servicio mismo.

Como dice Laferriere en sus conclusiones sobre el fallo Laumonnier Carriol, "La falla personal, separable de la función y que no compromete la responsabilidad estatal, revela al hombre con sus debilidades, pasiones y sus imprudencias." Y para darse, según esa doctrina que la Sala prohija, se requiere: a) Que el acto perjudicial que se le imputa al funcionario haya sido realizado por éste por fuera del ejercicio de sus funciones, exclusivamente en su vida privada o por lo menos al margen del ejercicio propiamente dicho de sus funciones; b) Que el móvil del mismo, aun cuando se actúe en ejercicio de éstas, haya sido dañado (deseo de venganza o tirria); c) Que el acto, también ejercido dentro de la órbita del servicio, muestre una irregularidad burda, flagrante, como sería una vía de hecho o un ilícito penal. Se advierte sí, que esta nota no es absoluta porque estos factores pueden, en ciertas circunstancias, constituir también fallas del servicio.

Muestra el acervo probatorio que todo se debió a un lance privado, pasional, entre el agente y su concubina; por fuera del horario de trabajo de aquél y sin ninguna vinculación con el servicio público que cumplía. El mismo agente habla de un ataque de celos de su compañera ocurrido cuando ya había abandonado sus labores; lo que se corrobora con la denuncia de la ofendida. Tan cierto fue que se trató de un problema de pareja que ésta lo perdonó luego, hasta el punto que desistió de la querella que había formulado contra él y cuando éste, según lo afirma, se comprometió a velar por ella y sus hijas.

No se vé como, en tales condiciones, pueda resultar comprometida la responsabilidad del Estado y menos cuando, como se expresó, ese drama familiar resulto totalmente desvinculado del servicio, hasta el punto que ni siquiera se comprobó que las heridas fueron causadas con el arma de dotación oficial.

La afirmación del agente hecha en su indagatoria, de que había utilizado un revólver de propiedad particular con salvoconducto, no resultó desvirtuada dentro del proceso.

Si bien pudo establecerse que el señor Calvache tenía el revólver de dotación oficial #3377 (sin especificar su clase, marca y calibre), éste no apareció por parte alguna y, por consiguiente, no se comprobó que hubiera sido disparado el día de la tragedia y cuántas veces. Además, las diligencias de reconocimiento médico a la persona herida no indican el calibre del arma utilizada y su clase y tampoco existe la prueba de los proyectiles utilizados.

Tampoco se dio en el presente caso la falla presunta del servicio. Si se hubiera probado la utilización de esa arma, habría podido quizás pensarse en dicha teoría, en los términos de la jurisprudencia de julio 31 de 1989 (Proceso 2852, Jorge Arturo Herrera V.) y por la vinculación que así se habría inferido entre el hecho del funcionario y el mal funcionamiento del servicio público. Pero, de un simple indicio, que para el caso no puede calificarse como necesario (que tenía revólver de dotación oficial) no puede concluirse que con éste se produjo el hecho dañoso y se comprometió la responsabilidad estatal.

Basta agregar que la tesis de la falla presunta comporta una exención en la carga probatoria, pero no total porque, como mínimo, para su aplicación se requiere la demostración de los supuestos que permitan su operancia. Se remite aquí la Sala a la sentencia de esta misma sección dictada el 25 de mayo de 1990 (Proceso 5821 Marco Antonio López), en la que se precisa tal idea:

"Es cierto que esta misma Sala ha venido hablando de la falla presunta del servicio cuando el agente público causa el daño con su arma de dotación oficial, pero no ha dicho que si ese mismo daño lo causa con arma o instrumento que no sea de dotación oficial, desaparece la falla. No, porque en este último evento la responsabilidad se estudia y apoya sobre un supuesto diferente a la presunción aludida: la existencia probada de una real falla del servicio, porque éste no funcionó, funcionó mal o tardíamente.

"Por eso los diferentes enfoques no admiten en todos los casos estas conclusiones simples y absolutas:

"a) Que siempre que el daño se produzca con arma de dotación oficial, se dará realmente la falla del servicio; y b) Que cuando el daño lo produce un arma o artefacto que no sea de dotación oficial, no podrá hablarse de esa falla.

"Y no admiten esa conclusión extrema, porque, en el primer evento, sólo se presume la falla y por tanto quien pretende favorecerse con dicha presunción deberá probar no sólo que el daño se produjo con esa arma de dotación, sino los otros supuestos en que se basa tal presunción, o sea que fue manipulada por quien era agente público, en función o en razón del servicio. Por eso mismo para que desaparezca esa presunción de falla, la parte demandada podrá desvirtuar, mediante pruebas en contrario, dichos supuestos. En otras palabras, los eventos de falla presunta admiten prueba en contrario.

"En el segundo caso (daño producido por arma o artefacto que no sea de dotación oficial) tampoco podrá concluirse siempre que no se da la falla del servicio, porque si bien aquí no opera la presunción del evento anterior (vale decir, que no puede hablarse de falla presunta) tienen aplicación las reglas generales de la falla del servicio, en las que la culpa administrativa *probada* es uno de los supuestos esenciales.

"Mientras en el evento del literal a) existe una exención probatoria que podría calificarse de parcial *porque se supone que existió la falla dado el supuesto, probado, en que se basa;* en otros términos, el hecho amparado con la presunción (la existencia de la falla) no necesita prueba, pero el favorecido con ella siempre deberá probar el hecho en que la presunción se basa, o sea que el arma o el artefacto que produjo el daño era de dotación oficial; en el evento del literal b) (daño con arma o instrumento que no sea de dotación) la carga de la prueba del actor será completa porque deberá demostrar que el servicio funcionó inadecuadamente y que ese defectuoso funcionamiento produjo daños a una persona determinada".

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 24 de octubre de 1989, del tribunal administrativo de Risaralda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 14 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

INTERPRETACION UNILATERAL DEL CONTRATO

Aunque la ley no lo diga hay que entender que la facultad de interpretación por parte de la administración contratante, mediante resolución motivada, es potestad unilateral y de efectos coercitivos u obligatorios para la otra parte, porque no otro sentido y alcance puede tener una interpretación que se haga mediante un acto administrativo.

El poder exorbitante de interpretación, con efectos coercitivos, tiene como límite temporal para su ejercicio la vigencia del contrato.

La administración contratante so pena de interpretar un contrato no puede modificarlo ni en todo ni en alguna de sus cláusulas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5973. -Contratos-. Actor: SOCIEDAD HECOL LIMITADA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 29 de junio de 1989, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"1o. Decláranse nulas las Resoluciones Nos. 03718 de 8 de noviembre de 1983 y 04113 del 20 de diciembre del mismo año, dictadas por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez CAR y la liquidación del contrato No. 0276 que consta en el Acta de 14 de noviembre de 1983.

"2o. A título de restablecimiento del derecho se dispone que la Corporación Autónoma de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez CAR practique una nueva liquidación del contrato No. 0276 de 1982 celebrado con HECOL LTDA. teniendo en cuenta las pautas dadas en la parte motiva de esta providencia.

"3o. Para el cumplimiento del presente fallo, dese aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A. y para tal efecto, la cantidad líquida reconocida en la nueva liquidación devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de este término.

"4o. De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del C.C.A. CONSULTESE esta sentencia con el Superior, si no fuere apelada por la administración".

En la demanda se pidió lo siguiente:

"PRIMERA. Que es nula la liquidación del contrato 0276 de 1982, suscrito entre la Sociedad Hecol Ltda. y la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, liquidación efectuada el 14 de noviembre de 1983, en la cual se dejó de incluir el valor real de los reajustes pactados con el referido contrato a que tiene derecho la sociedad contratista HECOL LIMITADA.

"SEGUNDA. Que son nulas las Resoluciones 03718 del 8 de noviembre y 04113 del 20 de diciembre de 1983, la primera por la cual se "interpretó" unilateralmente el contrato 0276 de 1982 y la segunda por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquélla.

"TERCERA. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá hoy Corporación Autónoma de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez "CAR", a pagarle a la sociedad HECOL LIMITADA la suma de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON 36/100 MONEDA LEGAL ($12'487.379.36), por concepto de reajustes pactados y no pagados, en el contrato de obra No. 0276 de 1982, más los intereses correspondientes y los perjuicios de todo orden que se establezcan en el proceso, o con posterioridad a la condena, en caso de que ésta fuere in genere, conforme a lo prescrito en el Art. 308 del C.P.C. dentro del plazo estipulado en el Art. 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

Que la Car abrió licitación para la estación de Piscicultura del Neusa y celebró el contrato con la Sociedad Hecol Ltda. que resultó favorecida. Que tanto

en los pliegos de la licitación como en el contrato se pactó la cláusula de reajuste que se transcribe en los hechos primero y segundo del libelo.

Que la obra se ejecutó a satisfacción por la contratista. Que mediante acta de 14 de noviembre de 1983 se liquidó el contrato, negando el ente administrativo el reajuste pactado, aduciendo error en la forma convenida. Que la contratista dejó constancia de su inconformidad y de su deseo de acudir a la jurisdicción. Que simultáneamente con esa liquidación, la Car interpretó unilateralmente la fórmula de reajuste, mediante la Resolución No. 03718 de 8 de noviembre de 1983 desconociendo así los derechos de la contratista. Que esa decisión se mantuvo en la Resolución No. 04113 de 20 de diciembre de ese año, al resolver la reposición. Que el contrato se perfeccionó en 1982 cuando estaba vigente el Decreto 150 de 1976, el que no contemplaba el principio de la interpretación unilateral prevista en la Ley 19 de 1982 y desarrollado en el Decreto 222 de 1983.

Como normas violadas se citan "los artículos 20 de la Constitución; 1602 del C.C.; 74 y 193 del Decreto 150 de 1976, hoy 289 del Decreto 222 de 1983.

Cumplido el trámite de la primera instancia el tribunal falló en la forma indicada atrás. En su motivación concluyó:

a) Que la administración interpretó el contrato 276/82 en su cláusula de reajuste el día 8 de noviembre de 1983, cuando ya éste estaba vencido y se había entregado la obra hacía varios meses.

b) Que esa interpretación unilateral no podía hacerse una vez terminado el contrato por impedirlo así el artículo 24 del Decreto 222; y aceptando en gracia de discusión que el artículo 2 de la Ley 19 de 1982 le fuera aplicable en forma inmediata al contrato cuestionado.

c) Que como la liquidación se hizo con apoyo en la interpretación hecha, quedó afectada igualmente de nulidad.

De esa motivación vale la pena destacar el siguiente aparte:

> "No está por demás sin embargo advertir como la liquidación del contrato ha debido efectuarse respetando las condiciones contenidas tanto en el pliego de condiciones como en el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato No. 0276 suscrito el 29 de septiembre de 1982, una de cuyas cláusulas era la del reajuste de precios mediante la aplicación de la fórmula matemática contenida en la cláusula sexta. No es valedera la razón expuesta por la CAR de haberse incurrido, tanto en el pliego de condiciones como en la redacción de la aludida cláusula sexta, en un error consistente en no haberse restado, al final de la fórmula, el valor del acta sin reajustar o factor Po. Lo cierto es que las partes contrataron bajo las condiciones consignadas en los aludidos actos y por ende la liquidacón debía ceñirse a lo allí previsto según lo mandan los artículos 74 y 193 del Decreto Ley 150 de 1976, normas que rigen la

materia. Prevé en efecto la primera la revisión de precios mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato, evento en el cual la suma de los reajustes pueden superar el ciento por ciento del valor original del contrato. Y el artículo 193 *ibídem* exige las Actas de liquidación se elaboren "de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato". Cabe también traer aquí a colación la norma contenida en el artículo 1602 del C.C. justamente invocada por el demandante, según la cual "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Esta disposición fue palmariamente infringida por la CAR en la liquidación practicada, al modificar unilateralmente los términos del contrato en aspecto tan importante como lo era la contraprestación económica del contratista concretada en el reajuste de precios.

"Está en este proceso por demás toda discusión en torno al hecho de si la Administración incurrió o no en un error en cuanto a la fórmula matemática acordada, fórmula que de todos modos fue reiterada en el texto del contrato suscrito. De otro lado, si tal vicio del consentimiento se produjo, siendo como era una causal de nulidad sustancial al tenor del artículo 1508 del C.C. el ente administrativo no podía ya declararlo unilateralmente una vez expirado el término de duración del contrato.

"De acuerdo a lo anterior se hace inoficioso el estudio de la prueba pericial practicada a petición de la demandada, cuyo objeto era establecer que la fórmula idónea para determinar el reajuste de precios era la "Interpretada" por la CAR en la resolución acusada. Y está por demás esta prueba, pues aún si se concluyera, como lo hacen los expertos, que la fórmula unilate-ralmente interpretada era la correcta, lo cierto es que no fue ella la que sirvió de base al acuerdo de voluntades, que, se repite, era ley para las partes y por lo mismo no podía ser *motuo proprio* modificada por la administración".

Inconforme la parte demandada con la decisión, interpuso apelación. Cumplido el trámite de éste, es oportuno decidir.

Para la fiscalía 8a. de la Corporación la sentencia recurrida merece ser confirmada.

Para ese efecto, sostiene:

"Pues bien, de acuerdo con la norma anterior, el principio de interpretación por parte de la administración, de los contratos administrativos, solamente se pueden llevar a cabo en aquellos que durante su ejecución surgiera algún inconveniente o por incumplimiento, pero se observa, que el contrato objeto de esta controversia ya se había realizado y entregado a satisfacción, faltando únicamente la liquidación de conformidad con lo pactado. Por lo tanto, lo reglado en el artículo 2° de la Ley 19 de 1982, no es de aplicación en el contrato 0276 de 1982.

"Ahora, el artículo 74 del Decreto Ley 150 de 1976, inciso 3° señala "En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la *fórmula pactada fuere matemática*" (Subraya la Fiscalía).

"Y el artículo 17 del Decreto Reglamentario 1518 de 1965, dice en su inciso 3°: "Las fórmulas matemáticas de reajuste de precios, lo mismo que las estadísticas o números índices que se fijen para determinar las variaciones de los precios, deberán ser incluidas en los pliegos de condiciones o especificaciones cuando se trate de licitaciones o concursos para adjudicar contratos por precio alzado o por precios unitarios".

"De lo anterior se concluye, que en ningún momento la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, estaba autorizada para modificar la fórmula matemática sobre el reajuste de precios que había sido incluida en el pliego de condiciones correspondiente a la licitación pública 013 de 1982 y pactada con la Sociedad Hecol Ltda. En la cláusula sexta del contrato 0276 de 1982".

Por su lado, el señor apoderado de la Corporación solicita la revocatoria del fallo. Así en su escrito que obra a folios 206 y siguientes hace glosas a la decisión del *a-quo*, con apoyo tanto en la doctrina extranjera como en la jurisprudencia nacional. En dicha alegación se hacen serias reflexiones en torno a la buena fé, a los principios de interpretación y a la oportunidad que la administración tenía para hacer unilateralmente la interpretación del contrato en cuestión.

Para resolver, se considera:

La controversia planteada se centra en los siguientes puntos: La interpretación unilateral de los contratos en el Decreto 150 de 1976; los límites temporales del poder de interpretación; el error de la entidad contratante y su conducta contractual.

La interpretación en el Decreto 150

El poder de interpretación que tienen las partes de un contrato no se discute, ni en el derecho privado ni en el público. El mismo código civil en sus artículos 1618 y siguientes trae una serie de normas orientadoras a ese respecto.

Y es obvio que así sea porque en la ejecución y cumplimiento de los contratos pueden surgir discrepancias o dudas sobre el alcance de ciertas cláusulas o frases que entorpezcan su desarrollo. Discrepancias o dudas que deben ser despejadas, en primer término por las mismas partes y que en última instancia será el juez el que las despeje cuando aquéllas no hayan logrado un acuerdo y como consecuencia se haya producido el rompimiento de la relación negocial.

Pero ese poder interpretativo que en el derecho privado es equivalente y no coercitivo, como que una de las partes no le podrá imponer a la otra una determinada interpretación, en el derecho público presenta unas características diferentes.

En el derecho colombiano, por ejemplo, desde la Ley 19 de 1982 se contempló expresamente la facultad de interpretación por parte de la administración contratante, mediante resolución motivada (artículo 2°).

Aunque la ley no lo diga, hay que entender que es potestad unilateral y de efectos coercitivos u obligatorios para la otra parte porque no otro sentido y alcance puede tener una interpretación que se haga mediante acto administrativo.

Pero esa potestad no empezó a operar tan pronto entró en vigencia la Ley 19, porque esta misma le otorgó facultades extraordinarias al gobierno para que dictara las reglas que hicieron operantes dentro de la contratación, sometida al régimen del Decreto 150 de 1976, los principios jurídicos consagrados en la misma ley, entre los cuales como se dijo, está el de interpretación unilateral.

Y ese desarrollo se logró con el Decreto 222 de 1983, el que en su artículo 24 permitió la interpretación unilateral, mediante acto administrativo, cuando las partes, previamente concertadas, no lograran acuerdo en torno a las discrepancias de interpretación surgidas sobre las cláusulas del contrato.

Se observa que ese Decreto 222 empezó a regir el 2 de febrero de 1983.

Límites del poder interpretativo

Aunque la ley no lo diga expresamente ese poder exorbitante de interpretación, con efectos coercitivos, tiene como límite temporal para su ejercicio la vigencia del contrato. Así, por ejemplo, en el contrato de obra pública en el que se conviene un término para la ejecución de la obra, hasta el vencimiento del mismo.

Esta conclusión se desprende implícitamente del inciso primero del antecitado artículo 24, porque allí se habla de discrepancias sobre interpretación del contrato que *puedan traer su parálisis o perturbar la ejecución del mismo*. Es claro, entonces, que para poder hablar de parálisis o perturbación en la ejecución del contrato, habrá que partir del supuesto de su vigencia temporal. En otros términos como sucede con el ejercicio del poder exorbitante dé terminación del contrato, el de interpretación unilateral no podrá ejercerse luego de la terminación normal o anormal de éste.

El poder de interpretación no puede confundirse con el de modificación también contemplado en la ley, porque este tiene unos alcances y efectos diferentes. Tan cierto es esto que la jurisprudencia de la Corte al hablar de la inter-

pretación de los contratos ha sido enfática en afirmar que "interpretar un contrato no es modificarlo".

Aunque ese alto organismo se refiere al contrato privado (el que no podrá modificarse unilateralmente) el principio se aplica con mas veras a la contratación pública, la que distingue los alcances de la interpretación de los de la modificación, que corresponden a dos poderes diferentes.

Lo anterior permite concluir que la administración contratante so pena de interpretar un contrato no puede modificarlo ni en todo ni en alguna de sus cláusulas.

El error de la administración

Cuando la administración alega que cometió un error subsanable, en alguna de las cláusulas, deberá ponerlo en conocimiento de la otra parte para buscar su corrección de común acuerdo. Claro está cuando ese error no haya viciado el consentimiento, caso en el cual el asunto se desplaza a la competencia del juez, mediante una demanda de nulidad relativa.

En otros términos, en ningún caso podrá la administración declarar esa nulidad. Si no existe acuerdo, la administración podrá modificar la cláusula o cláusulas contentivas del error en forma unilateral; pero no podrá hacerlo so pretexto de interpretarlo.

Aquí el ejercicio de esa potestad de modificación tendrá no solo el límite temporal de la vigencia del contrato sino la órbita de esa potestad señalada en el artículo 20 del Decreto 222.(...)

Frente al caso sub-judice, se observa:

1. Que el contrato cuestionado No. 0276 de 1982 se suscribió el día 29 de septiembre de ese año, con un plazo de ejecución para la obra de 112 días calendario siguientes a la fecha de su perfeccionamiento.

2. Que las obras relacionadas con el mismo se ejecutaron a entera satisfacción y fueron recibidas por la administración el día 27 de mayo de 1983 (a folio del C. No. 3), pese a que desde el 18 de abril estaban terminadas.

3. Que el 8 de noviembre de ese año de 1983, la Car dijo interpretar unilateralmente el contrato, mediante resolución 03718, y dispuso que el reajuste debería liquidarse en la forma allí prevista.

4. Que el día 14 de noviembre de 1983 se liquidó el contrato y la contratista suscribió el acta, con la siguiente salvedad:

AL FIRMAR LA PRESENTE ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO 276 DE 1982, DEJO CONSTANCIA QUE NO ESTOY DE ACUERDO CON LA APLICACION DE LA FORMULA DE REAJUSTE PRACTICADA EN LA CLAUSULA SEXTA (6a.) DEL CONTRATO, PORQUE SE LE RESTO UN FACTOR (Po) NO CONTEMPLADO EN DICHA FORMULA CON DETRIMENTO DE LOS INTERESES DE HECOL LIMITADA, PORQUE LOS REAJUSTES DEBEN SER SUPERIORES A CATORCE MILLONES DE PESOS Y SOLAMENTE SE RECONOCEN $1'108.085.08 POR ESTA RAZON ACUDIRE ANTE LA JUSTICIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A FIN DE HACER VALER LOS LEGITIMOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD QUE REPRESENTO".

5. Que tanto en los pliegos (a folio 172 C. No. 2) como en el contrato (ver cláusula sexta a folio 19) se pactó idéntica fórmula de reajuste, distinta a la utilizada por la Car en su trabajo líquidatorio.

Que de acuerdo con la cláusula décima segunda del contrato, éste se entiende vigente desde su firma hasta su liquidación.

(...) Aplicando las ideas explicadas atrás en relación con la sentencia recurrida, se observa:

a) La decisión del *a-quo* se ajusta no solo a la realidad procesal, sino a los aspectos teóricos analizados atrás. No encuentra la Sala objeción a la argumentación hecha.

b) La Car no estaba autorizada para interpretar unilateralmente el contrato luego de su terminación, como lo hizo mediante la Resolución No. 03718 de 8 de noviembre de 1983.

c) Fuera de que no lo podía interpretar por haber perdido su poder exorbitante con la terminación del contrato, lo que hizo realmente la entidad contratante en dicha resolución fue modificarlo unilateralmente, para lo cual tampoco tenía ya competencia temporal.

d) La liquidación del contrato debió ejecutarse respetando los términos del contrato y dentro de éstos los contenidos en los pliegos de condiciones. En torno a éstos se hizo el ajuste de las voluntades. El contrato es ley para las partes y obligatorio (artículo 1602 del C.C.). De allí que tanto la resolución modificatoria de la cláusula de reajuste como la liquidación del contrato basado en ella están afectadas de nulidad.

e) Los contratos se deben ejecutar de buena fe, lo dispone la ley (artículo 1603 del C.C.). Y no aparece respetado este principio por la Car cuando solo una vez recibida la obra a entera satisfacción, dice haber detectado un error en la cláusula de reajuste contenido tanto en el pliego de condiciones como en el

texto del contrato; documentos estos redactados por la entidad. Circunstancia ésta que permite que la interpretación sea contra ella, tal como lo da a entender el inciso final del artículo 1624 del C.C.

f) Por lo demás, por parte alguna se demostró que la fórmula estaba errada. El hecho de qué la administración haya considerado que era otra la fórmula, no demostraba *per se* que hubo error.

Por todo lo expuesto, la sentencia será confirmada. Como se entiende que también vino en consulta, el valor de los reajustes pactados y no pagados no podrá exceder de la suma pedida en la demanda $12'487.379.36.

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 junio 29 de 1989, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 14 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia

Al tratarse de un miembro de la institución militar quien debe tener una capacitación para obrar en casos similares y de quien se exige un máximo de cuidado en la utilización de un arma de fuego, no se acepta que la única manera de evitar que un retenido se escape sea la de ultimarlo, pues existen otros medios y en caso extremo el uso del mencionado elemento oficial debe hacerse previendo hacer el menor daño, pero en este caso, el disparo se hizo directamente a la cabeza del retenido, lo que obviamente determinó su muerte. Así, que la agresión del agente fue desproporcionada ante el supuesto ataque de que fue objeto por parte del detenido.

DEMANDA - Requisitos/ **CUANTIA** - Estimación/ **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA POR CUANTIA**

Si en las pretensiones de la demanda, además de los perjuicios materiales, se solicita que se condene al equivalente al valor de mil gramos oro, no queda duda que de conformidad con lo dispuesto en el art. 132-10 el Tribunal tenía competencia para conocer del presente negocio en primera instancia, no resultando probado, por lo mismo la excepción de falta de competencia y en consecuencia al no prosperar tal excepción es procedente entrar al estudio de fondo.

FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma oficial

Se acreditó que un agente de la policía que se encontraba en ejercicio activo de sus funciones y usando su arma de dotación oficial hirió mortalmente al ciudadano García. Y aunque no se esclareció la forma como sucedieron los hechos dentro del baño, esto es, no se sabe si efectivamente hubo forcejeo entre el miembro policial y el occiso, ello no obsta

para que en aplicación de la falla presunta se declare la responsabilidad administrativa puesto que de otra parte se demostró el daño y la relación de causalidad.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento

Sobre los perjuicios morales se debe tener en cuenta que respecto de los padres así como de los hijos y de los cónyuges entre sí, se reconocen en su máximo valor solo con la prueba del parentesco, ya que como corresponden al "pretium doloris", éste se presume en los citados vínculos. Para el caso de hermanos, debe probarse además del parentesco, la convivencia, mutua ayuda y colaboración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente No. 6079. Actor: Guillermo de Jesus García y O.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 24 de noviembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual se declaró la responsabilidad administrativa de la Nación y la condenó a pagar perjuicios materiales y morales para los padres, en un 50%.

I. ANTECEDENTES

1o. Los señores Guillermo de Jesús García Restrepo, María Gutiérrez Loaiza y Jorge Eduardo, Conrado Alonso, Claudia Patricia, Alejandro de Jesús, Juan Guillermo Francisco, Olga Lucía, Francisco Javier, Marta Inés, María Elena y Teresita García Gutiérrez, a través de apoderado judicial y en acción de reparación directa, demandaron a la Nación -Policía Nacional- con el objeto de que se le declare responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por ellos a raíz de la muerte de Gabriel Jaime García Gutiérrez.

2o. La actora fundamenta sus pretensiones en los hechos que se sintetizan así:

El 9 de agosto de 1987 los jóvenes Gabriel Jaime García Gutiérrez, Jhon Nicolás Muñoz, Julio César Muñoz y César Jaramillo viajaban como pasajeros en un bus de servicio público de la ruta Itagüí-San Francisco, cuyo conductor, al llegar a la glorieta de la Avenida Guayabal con la calle 80 detuvo el vehículo y pidió a los agentes del C.A.I. que funciona en ese lugar, la retención de los jóvenes mencionados, pues hacían escándalo en el bus. Los agentes Alberto Trujillo y

Hugo Mesa retuvieron a Gabriel García G. y Jhon N. Muñoz y les dieron malos tratos, no obstante que éstos presentaron sus documentos de identidad. "... cada uno de los policías se hizo cargo de un retenido y así como Luis Alberto Trujillo Manrique izó (sic) del pelo a GABRIEL JAIME GARCIA GUTIERREZ, a la vez que le llenaba verbalmente de improperios, luego lo empujó hacia el baño y de inmediato descerrajó un tiro en la cabeza, suficiente para segarle la vida.

"9o. Entre tanto, el otro 'servidor del orden', no se quedaba atrás. En efecto, Hugo Mesa, tiró al suelo boca a bajo a Jhon Nicolás Muñoz y le colocó el pie sobre la cabeza, impidiéndole que mirara el ruín proceder que se estaba empleando con su compañero, le colocó unas esposas y amenazante le decía, 'vió algo?' 'cierto que aquí no ha pasado nada'?

"10o. Lo que de aquí en adelante pasó no es menos inmoral y denigrante, pues el homicida ante tan excecrable hecho simplemente decía, 'me embalé con este hijueputa', 'tirémoslo a una manga y decimos que era un subversivo'.

"11o. Para fortuna o mejor para evitar la impunidad total, estaba la recta actitud de otros servidores públicos, también ese día desempeñando su labor en el Centro de Atención Inmediata, donde ocurrían los deplorables sucesos. Me refiero a los agentes de Tránsito al servicio del Municipio de Medellín; Elkín Arturo Gaviria Alzate (Guarda Nro. 141) y Eduardo Gómez Restrepo (guarda Nro. 594) y los agentes del Departamento del Orden Ciudadano (DOC): Francisco Javier Montoya y Gabriel Arturo Henao Restrepo (agente 131).

"12o. Los agentes citados se negaron a falsear la información como lo pedían los miembros de la Policía Nacional y además, le pidieron a estos que trasladaran el herido a la Policlínica Municipal y no lo arrojaran a cualquier manga como era la intención de estos.

"13o. Llevado a policlínica GABRIEL JAIME GARCIA GUTIERREZ fue reportado como N.N. por los miembros de la institución policial, incurriendo en una irregularidad más, ya que cuando se le retuvo fue identificado plenamente y anotado en el respectivo registro.

"14o. Pero no paró allí, el torcido camino escogido por los policiales, a continuación, el agente Trujillo Manrique se dirigió al permanente de Belén, para denunciar que había sido atacado por el sujeto Gabriel Jaime García en la caseta de Guayabal y que para preservar su vida, se había visto precisado a disparar. Lógicamente para tratar de darle credibilidad a su dicho, se rasgó la camisa y se hizo algunos rasguños.

"15o. En cuanto a Jhon Nicolás Muñoz, después de ocurrido el agravio a la integridad física de García Gutiérrez, fue remitido a la Estación de Policías Motorizados en el Barrio Laureles, donde fue objeto de amenazas pues le dijeron, que si decía alguna cosa se 'embalaba' y al indagar por la suerte de su compañero le respondieron que 'ese hijueputa ya se murió'. De aquí fue remitido a las

instalaciones del F2 de policía en el Barrio Belén donde recibió similar trato". (fls. 31 y 32).

3o. La entidad demandada compareció al proceso mediante apoderado, quien solicitó pruebas con el objeto de "establecer que los hechos en los cuales resultó muerto el joven Gabriel Jaime García Gutiérrez, no ocurrieron como consecuencia o a causa de una falla en el servicio de la policía". (fls. 53 y 54).

Igualmente, la demandada, en escrito separado que obra a folios 55 y 56 propuso la excepción de inepta demanda por cuanto la actora no cumplió con la exigencia del numeral 6° del art. 137 del C.C.A., al no razonar la cuantía sino limitarse a señalar que ésta es superior a $2'800.000.00, sin hacer ningún análisis matemático.

4o. Surtido el trámite legal de primera instancia, el Tribunal competente profirió sentencia mediante la cual declaró no probada la excepción de inepta demanda y halló responsable a la Nación de la muerte del señor Gabriel Jaime García Gutiérrez y la condenó a pagar por perjuicios materiales al señor Guillermo de Jesús García la suma de $376.272.oo y a la señora María Ofelia Gutiérrez la suma de $400.000.oo, y por perjuicios morales a cada uno de los demandantes el equivalente a 500 gramos oro.

La decisión del *a-quo* la fundamenta en que se probó tanto el daño ocasionado por el agente como la agresión del occiso contra el agente de policía, y de conformidad con lo preceptuado por el art. 2357 del C.C., como el daño no fue producto exclusivamente del occiso ni del agente sino que se da la concurrencia de culpas de uno y otro, por tanto no puede el demandado ser obligado "a resarcir íntegramente el daño sufrido por la víctima" (fl. 363). Estimó el Tribunal "que la culpa de la víctima contribuyó en un 50% a la producción del daño y en esa proporción deberá reducirse, en consecuencia, la indemnización". (fl. 364).

En cuanto a los perjuicios materiales, se adoptó la tasación efectuada por los peritos con reducción del 50%, así se fijó el lucro cesante para el señor Guillermo de Jesús García en la suma de $376.368.50 y para la señora Ofelia Gutiérrez de G. la suma de $400.608.oo.

En cuanto a perjuicios morales como se presumen entre padres e hijos en su valor máximo, los reconoce en la suma, reducida en un 50% o sea 500 gramos para cada uno, y los niega a los hermanos por considerar que no se demostró que ellos vivieran con la víctima, además de que son mayores de 21 años.

5o. El apoderado de los actores interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia quien sustentó el recurso en que "la responsabilidad administrativa que se está reclamando tiene fundamento en la obligación constitucional de velar por la vida de las personas que compete a la autoridad y si el perjuicio se causa con arma de dotación oficial se presume la falla del servicio, sin embargo para eximir su responsabilidad, la administración deberá probar la ocurrencia de

caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima, cuando esta culpa guarda relación causal con la producción del perjuicio, a tal punto que la administración fue obligada a utilizar legítimamente el arma.

Además, cuando no es posible determinar las circunstancias exactas en que se produjo el daño, el llamado a responder por la falla presunta, deberá reparar el perjuicio.

De acuerdo a las anteriores pautas, prosigue el mandatario de los actores, en el caso que se estudia, la administración no solo no demostró que su actuar fue prudente y diligente, sino que por el contrario, estuvo signado por la arbitrariedad, los ultrajes y las amenazas con armas de fuego. Tampoco probó la demandada que estuvo obligada a utilizar legítimamente el arma de fuego, lo cual era una carga probatoria que le incumbía para desvirtuar la presunción de la falla, por el empleo de arma oficial. En consecuencia, la indemnización debe ser plena para los hermanos, pues se da por sentado que la muerte de un hermano causa dolor a los que le sobreviven, salvo circunstancias excepcionales que sí deberán probarse.

6o. Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, la apoderada de la entidad demandada presentó memorial solicitando se confirme la sentencia apelada.

7o. La Fiscal Segunda de esta Corporación solicita se modifique la sentencia en el sentido de reconocer a los padres del fallecido la totalidad de los perjuicios morales y materiales y para los hermanos una cantidad prudencial por perjuicios morales. Considera que "La manera exacta como ocurrieron los hechos, no fue posible determinaría, debido al modo y lugar en que sucedieron los mismos. En todo caso no existe duda sobre la muerte del joven Gabriel Jaime García a manos del agente de policía.

"Aún dándole credibilidad a la versión del agente del orden, es claro que la respuesta para repeler el supuesto ataque de que fue objeto por parte del detenido, resultó sin lugar a dudas desproporcionada.

"Así las cosas y de acuerdo con las declaraciones de testigos como el agente del Departamento del Orden Ciudadano Gabriel Arturo Henao (fls. 128 a 133), la falla del servicio quedó plenamente demostrada, por cuanto la utilización del arma oficial excedió los límites de una legítima defensa y sobrepasó lo estipulado en los reglamentos sobre el cuidado y mesura que los agentes del orden deben observar para el uso de tales armas. (fl. 395).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud de la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada de la demandada, es necesario en primer lugar proceder a su análisis.

Dice la demandada que procede la excepción por cuanto no se razonó la cuantía. En el libelo demandatorio la actora estima la cuantía "superior a $2'800.000.oo si tenemos en cuenta la edad en que falleció el señor Gabriel Jaime García Gutiérrez, así como el número de demandantes que solicitaron la indemnización por perjuicios morales en gramos oro, a razón de mil por persona ...". (fl. 37).

El art. 137 al disponer sobre el contenido de la demanda, establece en su numeral 6) "la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

Si en las pretensiones de la demanda, además de los perjuicios materiales, se solicita que se condene al equivalente al valor de 1.000 gramos oro tomados a la fecha en que se dé cumplimiento a la sentencia para cada uno de los demandantes y el valor de tales gramos a la presentación de la demanda (noviembre 10 de 1987) equivalía a la suma de $3'885.760.oo, según puede verse de la certificación del Banco de la República que obra a folio 18, no queda duda que de conformidad con lo dispuesto en el art. 132-10 el Tribunal tenía competencia para conocer del presente negocio en primera instancia, no resultando probado, por lo mismo la excepción de falta de competencia y en consecuencia al no prosperar tal excepción es procedente entrar al estudio de la responsabilidad de la nación.

Cuando se trata de responsabilidad por falta o falla del servicio, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, que ella es anónima, esto es no se quiere identificar al agente o funcionario que cometió el hecho que causó el daño a un tercero, quien para obtener la indemnización correspondiente deberá probar la existencia de los tres elementos axiológicos que constituyen este tipo de res-ponsabilidad estatal, como son:

a) Una falta o falla de la administración por retardo, irregularidad, ineficiencia u omisión en la prestación del servicio.

b) Un daño o lesión consistente en la perturbación de un bien o un derecho jurídicamente tutelado.

c) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño.

En cuanto a la carga de la prueba de los mencionados elementos ha dicho la Sala que por regla general corresponde "a quien reclame el derecho a ser indemnizado" y se dice que por regla general, pues la doctrina en casos excepcionales ha admitido que pueden existir eventos de responsabilidad estatal en los que no sea necesaria la prueba del primero de aquellos cuando el instrumento con el que se causó el perjuicio pertenece al servicio y su manejo representa un peligro (es el caso de la llamada falla presunta del servicio).

"El caso concretamente fue estudiado por esta Sala en relación con el uso de un arma de dotación oficial. Se trató de las lesiones causadas a un particular por un agente de la Policía Nacional, cuando se encontraba gozando de vacaciones pero con el arma de la cual se le había dotado y que éste no había devuelto al entrar a disfrutar de su descanso. Encontró aquí la Sala el típico evento de falla presunta del servicio, porque consideró que "el arma de dotación oficial, por su peligrosidad, al ser nexo instrumetnal en la causación de un perjuicio, compromete de por sí la responsabilidad del ente público a quien el arma pertenece, sin necesidad de que se pruebe la falla del servicio..." (Fallo de 31 de julio de 1989, Expediente No. 2852 (252); Actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez).

"En los casos de falla presunta no será necesario, entonces, demostrar el mal funcionamiento del servicio sino que al actor le bastará probar el hecho dañoso, el perjuicio y que el instrumento causal de éste pertenecía al servicio..." (Sentencia de 24 de noviembre de 1989, Expediente No. 5573, Actor: Félix Celis Palencia y O.).

En estos eventos la presunción puede ser desvirtuada por la Administración demostrando la ausencia de la falla bien porque observó una extremada prudencia y diligencia en el uso del instrumento o que se presentó un evento de fuerza mayor; o que ocurrió por culpa de la víctima, o por el hecho de un tercero.

En el *sub-lite*, del acervo probatorio se tiene:

1o. Sobre los hechos, circunstancias de tiempo, modo y lugar, rindieron declaración: a) John Nicolás Muñoz Jaramillo, quien expresó:

"...Nosotros salimos de Belén, por la mañana, hacia Itagüí a jugar unos partidos de fútbol; jugamos los partidos y por lo menos a las seis y media o siete de la noche cogimos el bus para bajar a la casa; en el bus veníamos haciendo siempre rochela y entonces el conductor nos bajó en el CAI de Guayabal, Campos de Paz se llama eso, admitiendo que era por escándalo; al bus se subieron los dos policías con dos armas en la mano, entonces dijeron que cuáles eran los que estaban en el problema ahí y nos bajaron a los cuatro; a mi primito, César Alberto, el hermano, Julio César Muñoz, a Gabriel Jaime y John Nicolás. A los dos muchachos, o sea a mi primito y hermanito les tiraron los papeles a la calle y los soltaron. A Gabriel y a mi persona nos metieron a puntapiés y a los estujones (sic) y amenazándolos con esas armas. Después un rato ya estábamos en el CAI en las banquitas de adelante, entonces ya, pues, vovieron (sic) ellos a jodernos, a decirnos palabras, hijueputas y a decirnos más cosas, entonces Gabriel me dijo a mí: que si nos volábamos y entonces yo le dije, listo: porque como atrás hay unas ventanas muy grandes y altas, él se asomó para ver si alguien estaba mirando y eso, entonces lo vieron cuando estaba asomándose y entonces ya llegó y se entró un policía, el más bajito de todos, y nos trató mal y lo trató de negro hijueputa a él; entonces lo cogió él con el arma de la mano y a

estrujones y patadas lo entró al baño y en el momento en que lo entró al baño sonó un disparo; entonces yo me asusté todo, yo me agaché y cuando un agente se me hizo al pié mío yo agaché y me la agacharon la cabeza (sic) y me pusieron las esposas... (fls. 89 y 90, C. 1).

b) Francisco Javier Montoya: "... cuando regresamos a la caseta, los dos policías tenían a dos detenidos, que los habían bajado de un bus porque venían peliando, poniendo problemas; al rato se encontraba un Agente del DOC y que estaba detrás de la caseta conversando con una señora, le dicen Jeringa y se llama Pedro, entonces nos dijo: Aquí les traigo a este cliente que se les va a volar, entonces el policía lo esposó y al pié de la caseta hay un poste que tiene un alambrito así (en forma oblicua señala el declarante), lo esposó al alambrito. Al mucho rato o al rato, nosotros nos encontrábamos los dos Guardas de Tránsito, el compañero mío y mi persona y el otro policía por ahí a doce metros de la caseta, charlando, el policía entró al muchacho para la caseta y como le digo nosotros estábamos como a doce mtrs. de la caseta, cuando sentimos un tiro entonces el policía salió todo asustado y nos dijo: que ese cliente le había tirado una navaja y lo iba a desarmar y que a él se le había safado un tiro ...". (fls. 94 y 95).

c) Eduardo Gómez Restrepo: "... estábamos conversando afuera de la caseta; al cabo de un tiempo escuchamos una detonación que provenía de la caseta; nosotros observamos para la caseta al escuchar la detonación y vimos que salió un Agente de la Policía, vi que salió un Agente de la Policía (sic) diciendo que le había tenido que pegar un tiro a uno de los que éllos tenían ahí detenido (sic) porque lo había agredido. PREGUNTADO: Ud. estaba en el CAI cuando las personas que estaban detenidas fueron ingresadas allí? RESPONDIO: Cuando nosotros llegamos, (sic) siendo aproximadamente las nueve, o faltando diez para las nueve, ya ellos estaban ahí... (fls. 98 y 99).

d) Elkin Arturo Gaviria: "... estábamos conversando afuera, pues, y (sic) yo era muy pendiente de la glorieta, porque entraban muchos carros, y como las casetas estaban amenazadas, uno no podía estar dormido, tenía que estar pendiente de cualquier peligro, cuando escuchamos una detonación, cuando salía del baño de la caseta el otro agente de la policía, el señor don Guillermo el que demandó, me dijo que se llama Luis Alberto Trujillo, yo no sabía como se llamaba, vuelvo y repito que lo supe porque me lo contó o me mostró un papel el demandante, cuando él salió de la caseta hacia nosotros que estábamos afuera y nos dijo que le había pegado un tiro a ese muchacho que porque lo agredió le tiró y dizque lo iba a desarmar y que por eso le había pegado un tiro, yo me alejé un poquito más de la caseta y entró el otro compañero del policía, o sea 'Cocacola' a mirar al muchacho que le habían pegado el tiro y salió y dijo ahí, afuera, que estaba muerto. Entró uno de los Agentes del Doc y dijo que sí, que ese muchacho estaba muerto; y después entró el compañero mío, Eduardo, y dijo que no, que ese muchacho estaba vivo, que había que llevarlo a Policlínica,...(fl.107).

e) Gabriel Arturo Henao: "... yo me retiré, cuando en esas entró el Agente Trujillo, creo que se llama así, y les colocó unas esposas a los dos muchachos. Yo me hice en la parte de afuera, o sea en la acera, y él, o sea el Agente, se quedó conversando con los dos muchachos. Al momentico yo vi que se paró uno de los muchachos, el más alto, y el Agente estaba a un lado de él; yo me imaginé que los iban a soltar, cuando de un momento a otro sentí un disparo, cuando llegué a la puerta el Agente salía del baño con el revólver en la mano y en esas llegaron los Guardas y el otro compañero, Agente de la Policía, yo abrí la puerta del baño y en el suelo, sentado, entre el muro y el sanitario, estaba el muchacho; yo lo miré y vi que sangraba por la cara; le pregunté al Agente que qué había pasado? y nos respondió a todos de que era que este muchacho lo había atacado; el compañero, el otro Agente de la Policía, le arrebató el revólver para evitar que nos disparara a nosotros también. ..." (fls. 128 y 129).

2. A folios 61, aparece el informe de los hechos presentados por los guardas de tránsito Eduardo Gómez y Elkin Gaviria al jefe del Departamento de Control, en el cual se lee: "... A las 21:00 Hs. nos encontrábamos afuera de la Caseta los Agentes del DOC Francisco Javier Montoya Rodas, con c.c. No. 8.288.206 de Medellín y Arturo Henao Restrepo No. 131 con c.c. No. 8.288.039 de Medellín, el Agente de Policía William Mesa Ocampo con Placa No. 85377 y c.c. No. 7.540.175 de Armenia (Q) y los Guardas Elkin Gaviria A. No. 141 y Eduardo Gómez Restrepo No. 594 cuando escuchamos una detonación que venía de adentro del baño de la caseta de donde salió el Agente de policía Luis Alberto Trujillo Manrique sin placa con c.c. No. 79.280.056 de Sogamoso (B) compañero del otro Agente y nos dijo que le había pegado un tiro a un joven que él tenía retenido porque lo había herido con una navaja y que se enfrentó a desarmarlo". (fl. 61).

3. La calidad de agente de policía de Alberto Trujillo Manrique se acreditó con la Hoja de Vida, nombramiento, acta de posesión (Cuaderno 2).

4. Copia ilegible de la denuncia ante la Inspección 4 de Medellín del Agente Alberto Trujillo Manrique por agresión. (fl.70).

5. Copia de la Necropsia practicada al cadáver de Gabriel García Gutiérrez, en cuya conclusión de expresa: "La muerte de N/N varón (Gabriel Jaime García Gutiérrez), fue consecuencia natural y directa de la laceración encefálica producida por proyectil de arma de fuego que se dirigió de adelante hacia atrás y de izquierda a derecha en el plano horizontal. Lesión de naturaleza mortal. La supervivencia pudo ser de 44.3 años más". (fl. 183.).

6. Copia del proceso penal militar que juzgó en Consejo Verbal de Guerra por los mismos hechos del presente proceso al agente Luis Alberto Trujillo Manrique. El Consejo declaró la no responsabilidad del Agente. (fls.137 y ss.).

Con lo anterior y especialmente con la prueba testimonial recogida en el expediente se acredita suficientemente que un agente de la policía que se encontraba en ejercicio activo de sus funciones y usando su arma de dotación oficial hirió mortalmente al ciudadano Gabriel Jaime García Gutiérrez. Y aunque no se esclareció la forma como sucedieron los hechos dentro del baño, esto es, no se sabe si efectivamente hubo forcejeo entre el miembro policial y el occiso, ello no obsta para que en aplicación de la falla presunta antes expuesta se declare la responsabilidad administrativa, puesto que de otra parte se demostró el daño y la relación de causalidad mediante las pruebas relacionadas.

La muerte del señor García Gutiérrez fue consecuencia directa del disparo recibido de manos de un agente de la policía. (pruebas 1, 3 y 5).

Como causales exonerativas, se debe hacer relación, concretamente a la de "culpa de la víctima" expuesta por el *a-quo* en su decisión, sinembargo, al tratarse de un miembro de la Institución militar quien debe tener una capacitación para obrar en casos similares y de quien se exige un máximo de cuidado en la utilización de un arma de fuego, no se acepta que la única manera de evitar que un retenido se escape sea la de ultimarlo, pues existen otros medios y en caso extremo el uso del mencionado elemento oficial debe hacerse previendo hacer el menor daño, pero en este caso, el disparo se hizo directamente a la cabeza del retenido, lo que obviamente determinó su muerte. Así, que la agresión del agente fue desproporcionada ante el supuesto ataque de que fue objeto por parte del detenido, tal como lo expresa también la Fiscal de esta Corporación.

De otra parte, es de observarse que cuando se pretende retener a un ciudadano, la autoridad policial debe exigir la identificación y proceder a su requisa, cosa que en el caso de autos no se llevó a cabo, o por lo menos así aparece del expediente ya que el occiso quedó como N.N. en la Policlínica y en el certificado de Necropsia, y además, de haberse practicado la requisa por parte de los agentes de policía, como era su función, se hubiera evitado la supuesta agresión. Cabe anotar a este respecto, lo dispuesto por el art. 21 inc. 2° del C.P. que expresa "... cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

Lo anterior significa, que la indemnización por los perjuicios debe ser completa y no como lo decidió el Tribunal al determinar la compensación de culpas en un 50%.

PERJUICIOS

Pretende la parte actora que "la demandada deberá pagar la suma que se estimará (sic) en el proceso como perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) en la forma como se indique en la sentencia para cada uno de los demandantes, o en la regulación que con posterioridad se haga de acuerdo a lo previsto en el art. 308 del C. de P.C.". (fl. 29).

Como perjuicios morales reclama el equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de los demandantes.

En cuanto a los PERJUICIOS MATERIALES, no se acreditó gasto alguno por concepto de daño emergente, por lo cual no procede su reconocimiento. Y sobre el lucro cesante, se allegaron las declaraciones de los señores Héctor Arley Montoya (fl. 105), César Alberto Salazar (fl. 111), José Adonaid Arboleda (fl. 114) y Walter de Jesús Cano (fl. 116) para acreditar que el occiso Gabriel Jaime García Gutiérrez trabajaba en una finca de propiedad de su padre en la cría de marranos y el cultivo de café y para la tasación de estos perjuicios se practicó el dictamen pericial, que obra a folios 314 a 321 del expediente. A los peritos se les ordenó dictaminar sobre "el tamaño de los predios, explotación agrícola y porcícola, determinar el valor de lo trabajado por el señor Gabriel Jaime García Gutiérrez, lo que dejó de percibir el núcleo familiar. Así mismo, sobre el monto de los perjuicios materiales". (fl. 124).

Se observa de la prueba en comento, que los auxiliares de la justicia llegaron a la siguiente conclusión:

> "... el joven Gabriel Jaime García Gutiérrez es acreedor al pago del cincuenta por ciento (50%), vale decir, a la mitad del salario mínimo por concepto de la labor esporádica que realizaba en el predio de sus padres. Pero, como realmente no lo percibía, sino que lo aportaba al sostenimiento de la familia, su monto, reducido en esa proporción, teniendo en cuenta el que regía en la época de su fallecimiento, o sea mil novecientos ochenta y siete (1987), será el que asumiremos como base para la cuantificación de los perjuicios materiales que se nos encomendó".
>
> "La mitad de dicho salario, que asciende a la suma de diez mil doscientos cincuenta y cuatro pesos ($10.254.oo), no tendrá incrementos de ninguna naturaleza, dada la circunstancia de que se trata de un trabajo a nivel familiar, no empresarial. Pero, de acuerdo con las declaraciones testimoniales pertinentes, le deduciremos la suma de tres mil pesos ($3.000.oo) m.l., por concepto de gastos hechos por el occiso para atender a su propia subsistencia, lo que deja un ingreso mensual neto de siete mil doscientos cincuenta y cuatro pesos ($7.254.oo) m.l., para cuantificar las indemnizaciones a que haya lugar.
>
> "Como se trata del padre y de la madre del occiso que reclaman, la renta actualizada que resulte se dividirá por dos, para realizar las operaciones respectivas. (fl. 316).

Enseguida, los peritos efectúan la tasación de perjuicios, mediante la actualización del ingreso y aplican para la liquidación de las indemnizaciones debida y futura a favor de los padres del occiso, las fórmulas adoptadas jurisprudencialmente para concluir así:

"1. *En favor del señor GUILLERMO DE JESUS GARCIA R.*

a) *Indemnización consolidada o vencida*	$112.323.oo
b) *Indemnización anticipada o futura*	$630.404.oo

"2. *En pro de la señora MARIA OFELIA GUTIERREZ de G.*

a) *Indemnización consolidada o vencida*	$112.323.oo
b) *Indemnización anticipada o futura*	$688.913.oo
TOTAL:.....	$1.543.963.oo

(fl. 320).

A simple vista podría parecer que los peritos, por la forma detallada en que presentaron su dictamen y por las deducciones que se permitieron hacer prácticamente, profirieron la sentencia, es decir que se excedieron en su función. Sin embargo, la prolijidad del peritazgo, no puede conducir a su rechazo, si por otra parte los datos manejados por ellos corresponden a la realidad procesal. Precisamente esto último fue lo que motivó al Tribunal a darle su acogimiento, como puede verse en la sentencia cuando dice que la tasación efectuada por los peritos está conforme con las demás pruebas, no debe olvidarse que, como enseña el tratadista Hugo Alsina, "...el perito es un simple intermediario en el reconocimiento judicial (360 dischmidt), el lente a través del cual el juez percibe ciertos hechos que su visión normal no alcanza (4 BONNIER). (Tratado, T. III, pág. 472).

De tal modo no tendría justificación no acoger en su integridad un peritazgo precisamente por ser muy bueno.

Sobre los PERJUICIOS MORALES, se debe tener en cuenta que respecto de los padres, así como de los hijos y de los cónyuges entre sí, se reconocen en su máximo valor sólo con la prueba del parentesco, ya que como corresponden al pretium doloris, éste se presume en los citados vínculos. En el *sub-lite* está probado el parentesco mediante los certificados del bautismo de Guillermo de Jesús García Restrepo y María Ofelia Gutiérrez Loaiza y con el reconocimiento de este rubro en, el equivalente a un mil (1000) gramos oro, a cada uno de los padres del occiso. Para este efecto, se tendrá en cuenta el precio que del oro certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Ahora bien, como también se reclaman los perjuicios morales por los hermanos del señor Gabriel Jaime García G., la Sala, de conformidad con reiterada jurisprudencia, se permite aclarar que para su reconocimiento a quienes ostenten la calidad de hermanos, debe probarse además del parentesco, la convivencia, mutua ayuda y colaboración.

En el caso de autos, aunque se acreditó el parentesco, no aparecen plenamente demostrados los otros extremos mencionados. En las declaraciones rendidas por Héctor Arley Montoya (fl. 105), César Alberto Salazar (fl. 111) y José Adonaid Arboleda (fl. 114) se hace alusión a la convivencia común, mas no se especifica entre quienes opera. Igualmente se hace la misma observación respecto de la comprobación de la ayuda.

De manera que en dichas circunstancias no procede el reconocimiento de la indemnización por perjuicios morales a los hermanos.

En consecuencia, 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: primero, segundo, cuarto y quinto de la sentencia del 24 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. Revócase el numeral tercero de la sentencia apelada; el cual quedará así:

CONDENASE a la Nación Ministerio de Defensa - Policía Nacional, a pagar por perjuicios materiales la suma de UN MILLON QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($1.543.963.oo), distribuidos así:

a) En favor del señor Guillermo de Jesús García, la suma de SETECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTISIETE ($742.727.oo).

b) En favor de la señora María Ofelia Gutiérrez Loaiza, la suma de OCHOCIENTOS UN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE (sic) PESOS ($801.236.oo).

Tercero. CONDENASE a la Nación Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, a pagar a Guillermo de Jesús García y María Ofelia Gutiérrez Loaiza por perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos oro a cada uno de ellos. Para estos efectos, el precio del oro será el que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

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

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 14 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ COMPETENCIA POR CUANTIA/ COMPETENCIA FUNCIONAL/

Si bien es cierto toda controversia de nulidad absoluta de un contrato del orden seccional se conoce en primera instancia en el tribunal administrativo correspondiente, sin tener en cuenta el factor cuantía, no es menos cierto que en las demás controversias contractuales el factor cuantía es definitorio de las instancias posibles: la controversia del caso de autos no es de nulidad absoluta y cuando la demanda se presentó era de única instancia de acuerdo con los decretos sobre cuantías. El hecho de que se haya pedido la revaluación de la condena no cambia el enfoque, porque en la determinación de la cuantía no juega dicho factor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6003. -Consulta- Actor: Carlos Rodríguez Gómez.

Procede la Sala a decidir el grado de consulta formulado por el tribunal administrativo de Santander contra la sentencia de 27 de julio de 1989, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO. EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER es responsable de los perjuicios ocasionados al Dr. CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ por la no legalización del contrato No. 189 suscrito el 2 de septiembre de 1986, a que se le ha hecho referencia en este proveído.

"SEGUNDO. Condénase en abstracto al Departamento de Santander a pagar al demandante, los perjuicios causados por la no legalización del referido

contrato, cuya liquidación se hará en incidente según lo previsto por el C. de P.C. en su artículo 308."

En la demanda presentada ante ese tribunal de 22 de septiembre de 1988 (a folio 27 vuelto) se pidió:

"PRIMERA. Que se declare la NULIDAD ABSOLUTA, por incumplimiento de parte del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, del contrato de Obras Públicas número CIENTO OCHENTA Y NUEVE (189), de fecha septiembre 2 de 1986, suscrito entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER y mi poderdante CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ, para la construcción de Placa del puente sobre el Río Cascajales, en la carretera Islandia-Cascajales, Sector Peña-Morada.

"SEGUNDA. Que, subsidiariamente, por incumplimiento de las obligaciones a cargo del DEPARTAMENTO DE SANTANDER, relacionadas con el Contrato de Obras Públicas número ciento ochenta y nueve (189) del 2 de septiembre de 1986, celebrado entre el DEPARTAMENTO DE SANTANDER Y CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ para la construcción de la placa del puente sobre el Río Cascajales, en la Carretera Islandia Cascajales Sector Peña Morada, se declare la resolución, terminación o resciliación de dicho contrato.

"TERCERA. Que, como consecuencia de cualquiera de las dos anteriores declaraciones, se declare igualmente que el DEPARTAMENTO DE SANTANDER es responsable de los perjuicios ocasionados a CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ con el incumplimiento del contrato de Obras Públicas No. 189 de 1986 (Septiembre 2), para la construcción de la placa del puente sobre el río Cascajales en la carretera Islandia-Cascajales, Sector Peña-Morada.

"CUARTA. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al DEPARTAMENTO DE SANTANDER a pagar a CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ, el valor de las erogaciones que este tuvo que hacer para cancelar las fianzas y demás gastos generados por la legalización del Contrato de Obras Públicas atrás mencionado, acorde con la cláusula VIGESIMA CUARTA del mismo, erogaciones que ascendieron a la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTITRES MIL PESOS ($279.723.oo) M/CTE.

"QUINTA. Que igualmente se condene al DEPARTAMENTO DE SANTANDER a pagar a CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ, a título de Indemnización el valor de la utilidad neta que él esperaba reportar con la ejecución del contrato y que equivale al 25% del valor total de la obra o del contrato, esto es, equivale a la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($966.875.oo).

"SEXTA. Que subsidiariamente a la anterior pretensión, se condene al DEPARTAMENTO DE SANTANDER a pagar a CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ, el valor equivalente a la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA contenida en la CLAUSULA VIGESIMA del contrato de Obras Públicas No. 189 de 1986, tantas veces mencionado, y que equivale al 10% del valor total del contrato, esto es, la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE ($386.750.oo) compensatoria de lo que mi poderdante debería haber pagado en caso de que el incumplimiento hubiera sobrevenido de su parte y que considero está acorde con lo establecido en la Ley 19 de 1982 y el Decreto Reglamentario 222 de 1983.

"SEPTIMA. Que se condene al DEPARTAMENTO DE SANTANDER a pagar a CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ, igualmente como indemnización, el equivalente a la devaluación monetaria sufrida desde la fecha de celebración del contrato y hasta cuando el pago se efectúe por las sumas mencionadas en las pretensiones CUARTA Y QUINTA o CUARTA y SEXTA de esta demanda, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso."

Como hechos se narraron, en síntesis:

1) Que el señor Carlos Rodríguez Gómez celebró el contrato No. 189 de 1986 con el Departamento de Santander, para la construcción de la placa del puente sobre el río Cascajales en la carretera Islandia-Cascajales, el sector Peña Morada.

2) Que de acuerdo con el estatuto de contratación del Departamento de Santander, el señor Rodríguez Gómez cumplió todos los requisitos exigidos y señalados en la cláusula 24.

3) Que el Departamento se negó a dar el visto bueno para que se formalizara el acta, de iniciación de la obra, puesto que quería que se firmara" otro sí"modificando la fecha de iniciación.

4) Que cansado de esperar la fijación de esa fecha, pidió al Departamento que se reajustarán los precios unitarios y se agilizaran los trámites para la ejecución de la obra.

5) Que como continuaran las cosas de esa manera, pidió que se diera por terminado el contrato y se le reconocieran las indemnizaciones de rigor.

6) Que en vista de lo anterior no quedó otra salida que dar por incumplido el contrato 189, ya que la actitud del Departamento puede tomarse como una terminación unilateral tácita.

El tribunal interpretó la demanda y estimó que la acción no podía ser otra que la de reparación directa por omisiones de la administración.

Se hace la historia precedente para justificar la presente decisión, ya que el asunto no tiene vocación de segunda instancia.

Pese a que formalmente la primera pretensión habla de nulidad absoluta del contrato 189 de 2 de septiembre de 1986, agrega que esa declaratoria se debe al incumplimiento contractual del Departamento.

Se dice que formalmente, porque interpretando la demanda no queda duda alguna de que lo pretendido por el actor no es otra cosa que la indemnización de perjuicios y por la conducta omisiva de la administración frente al convenio celebrado con el Ingeniero Rodríguez Gómez.

No basta en una demanda hablar de nulidad absoluta para que la acción se convierta en tal. Esto no es un problema semántico. Todo el libelo muestra la intención del demandante; intención tan clara que no tendría sentido que su apoyo o fundamento fuera la nulidad absoluta del convenio celebrado. Sería una contradicción palmaria.

De esto fue consciente el *a-quo* cuando enfocó el asunto como una acción indemnizatoria.

Si bien es cierto toda controversia de nulidad absoluta de un contrato del orden seccional se conoce en primera instancia en el tribunal administrativo correspondiente, sin tener en cuenta el factor cuantía (artículo 132 numeral 7 del C.C.A.), no es menos cierto que en las demás controversias contractuales el factor cuantía es definitorio de las instancias posibles.

Y como ya se dijo, la controversia planteada, de nulidad absoluta no tiene sino el nombre. Incurrió el demandante en un serio error en la calificación de la acción y no puede fundarse esta segunda instancia en esa errónea formulación.

Con mayor razón puede afirmarse hoy cuando las controversias contractuales todas se inician a nivel de tribunal, inclusive las de nulidad absoluta de los contratos de orden nacional (artículo 68 del Decreto 2304 de 1989)

El poder interpretativo que condujo al tribunal a definir el litigio como de reparación directa y que bien lo pudo llevar a afirmar que era una controversia derivada del incumplimiento de un convenio (que no de un contrato), muestra que tenía que jugar, para la determinación de las instancias, el factor cuantía. Factor que es fundamental no sólo en los litigios de tipo contractual (artículos 131 y 132 numerales 8 del C.C.A.) sino en los de reparación directa (artículos 131 y 132 numerales 10 ibídem).

Se señalan estas dos acciones porque el asunto permitía un manejo intermedio, ya que tampoco puede afirmarse rotundamente que cuando aun no se ha perfeccionado el contrato pero ya existe el convenio, como sucede aquí (la suscripción del documento del contrato que va en vía de perfeccionamiento), el asunto

sea solo de reparación directa. No, aquí se da una zona indefinida, de difícil separación, porque el litigio tiene también claras connotaciones contractuales.

Pero, se repite, sea de ello lo que fuere, la controversia no es de nulidad absoluta.

De acuerdo con los decretos sobre cuantías, cuando la demanda se presentó ante el tribunal de Santander era de única instancia y lo sería hoy. En septiembre 2 de 1988 la cuantía, bien para los asuntos contractuales o bien para los de reparación directa, era de $3'500.000.oo. De tal manera que los que excedieran esa suma eran de primera instancia y los que no, de única (Decreto 597 de 1988).

Y de acuerdo con la demanda, la cuantía era inferior a 2'000.000.oo (a folio 27); cifra que coincide aproximadamente con la suma de las distintas pretensiones (a folios 21 y 22).

El hecho de que se haya pedido la revaluación de la condena no cambia el enfoque, porque en la determinación de la cuantía no juega dicho factor. Ha dicho la jurisprudencia que para la determinación de la competencia por el factor cuantía se toma en cuenta lo debido a la presentación de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquélla. En otros términos, esa fijación toma en cuenta el valor histórico de la pretensión mayor; y la devaluación viene a ser un perjuicio accesorio que sólo podrá reconocerse en el fallo.

Muestra lo precedente que todo el trámite de la segunda instancia está afectado de nulidad, insaneable, por el factor funcional y así se declarará.

Por lo expuesto el suscrito ponente

RESUELVE:

Declárase la nulidad de todo lo actuado en la presente instancia. Devuélvase el asunto al tribunal de Santander para los efectos consiguientes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Betancur Jaramillo,

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACCION IN REM VERSO/ ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Se ha sostenido que en casos como el aquí estudiado, más que una controversia de tipo contractual, se da un litigio indemnizatorio por enriquecimiento sin causa. Y ahora, aunque la Sala no pretende variar ese enfoque, desea atenuarlo en su rigor, dada la circunstancia de que aquí tampoco puede hacerse una diferencia tajante entre la acción contractual y la extracontractual, máxime cuando ya la doctrina se orienta a la aplicación de principios comunes.

Si se adopta la solución propuesta por el Tribunal, ello obedece a que ante la ausencia del contrato adicional que debió celebrarse, es más justa para la persona que ejecutó la obra, pese a ese vacío, subsumir la acción en los supuestos de la *actio in rem verso*, que obligarla a demandar contractualmente apoyada en un contrato que no llegó a perfeccionarse.

LUCRO CESANTE - Liquidación

Cuando se revalúa un valor histórico, se restablece el poder adquisitivo del peso a la ejecutoria de la sentencia y no a la fecha de la ocurrencia del fenómeno que produjo el daño. Así no se produce enriquecimiento para el demandante y se respeta el concepto de "indemnización". Por eso mismo cuando se revalúa, el lucro cesante se liquida con base en un interés técnico o puro del 6% anual y no con apoyo en la tasa de interés comercial, así la parte acreedora sea un comerciante: REITERACION JURISPRUDENCIAL sentencia de agosto 6/87.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5618. Actor: INGECOS LTDA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, con la adhesión de la parte actora, contra la sentencia de mayo 26 de 1988 dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca y mediante la cual se dispuso:

"1o. Condénase en concreto, al Fondo Vial Nacional a pagar a la sociedad INGECOS LTDA. la suma de $2'992.051.25, debidamente actualizada, teniendo en cuenta la variación de los índices de los precios al por mayor y con aplicación de la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia. La respectiva cuenta de cobro deberá acompañarse con la certificación correspondiente del Banco de la República.

"2o. A título de lucro cesante el Fondo Vial Nacional pagará a la demandante intereses a la tasa del 6% anual sobre $2'992.051.25, sin actualizar, y dentro de las bases dadas en la parte motiva de esta providencia.

"3o. La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. La cantidad liquidada que resultare luego de las operaciones indicadas en el ordinal precedente, devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de ese término."

En dicha demanda se pidió:

"PRIMERA: Que el FONDO VIAL NACIONAL incumplió el contrato 356 de 1975 y sus adicionales, los contratos 75 de 1976, 395 de 1976, 224 de 1977, 417 de 1977, 651 de 1977 y 378 de 1978 celebrado con la sociedad INGECOS LTDA. por no haber cancelado en su totalidad el valor que se había fijado, a pesar de que el objeto de estos fue cumplido por la demandante.

"SEGUNDA: Que, como consecuencia de la declaración anterior *se condene* al FONDO VIAL NACIONAL a pagar a INGECOS LTDA. el valor de los perjuicios materiales ocasionados con el incumplimiento del contrato 356 de 1975 y sus adicionales, los contratos 75 de 1976, 395 de 1976, 224 de 1977, 417 de 1977, 651 de 1977 y 378 de 1978, constituidos entre otros, por:

"a) La suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CINCUENTA Y UN PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS ($2.992.051.25), correspondiente a lo que le adeuda al FONDO VIAL NACIONAL a la sociedad INGECOS LTDA. valor a precios contractuales de los trabajos no pagados reconocidos por la Ley 18 de 1982.

"b) El valor de la actualización de las sumas anteriores, que se logrará aplicando para ello los sistemas, métodos y procedimientos adoptados por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado y que buscan obtener la corrección monetaria que compense la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, transcurrido entre la fecha del incumplimiento contractual y la fecha en que efectivamente se haga ese pago, o, en su defecto, mediante la aplicación de cualquier otro procedimiento técnico que conduzca a idéntico fin.

"c) El valor de lucro cesante de la cantidad actualizada a que se ha hecho referencia en el literal anterior, para el período comprendido entre la fecha en que se causó el daño y la fecha en la que se paguen los perjuicios. Si el monto del lucro cesante no pudiere ser establecido durante el término probatorio del proceso, se compensará con el reconocimiento de intereses mensuales, cálculo que se hará aplicando la tasa de intereses a la cantidad ya actualizada para el período comprendido entre la fecha de la producción del daño hasta cuando se efectúe el pago de las mismas.

"TERCERA: A la sentencia se le deberá dar cumplimiento en el término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo. Si así no se hiciere, el FONDO VIAL NACIONAL pagará intereses moratorios equivalentes a los intereses corrientes doblados, sobre las sumas debidas a partir del momento en que se produzca la mora y hasta cuando se realice el pago."

En síntesis, se narraron en la demanda los siguientes hechos:

Ingecos Ltda. celebró el contrato 356 de 1975 con el Fondo Vial Nacional y sus adicionales 75 y 395 de 1976, 224, 417 y 651 de 1977 y 378 de 1978. En este año la adición mencionada no se perfeccionó.

En desarrollo de los contratos mencionados la contratista cumplió lo de su cargo, aún la labor comprendida en el que no llegó a perfeccionarse. Luego, sin solución de continuidad, se firmó un nuevo contrato, el 117 de 1979, adicionado luego por los Nos. 442 y 021 de 1980, recuperándose así el desarrollo.

El trabajo se cumplió durante todo el término señalado en el contrato principal y sus adiciones pero no le fue reconocido lo correspondiente al adicional 378 de 1978.

Los servicios de interventoría que dan base a la demanda se ejecutaron entre agosto de 1978 y mayo de 1979 y tienen su causa en el contrato inicial 356 de 1976, celebrado entre las partes para cumplir las labores para el mejoramiento y pavimentación del sector Río Negro-Puerto Boyacá en la carretera Puerto Salgar-Puerto Boyacá.

Dentro de la fundamentación jurídica de la demanda se tuvieron en cuenta los siguientes artículos: 2, 16, 30 y 125 de la Constitución; 1602, 1603, 1608,

1613 y 1617 del C.C.; 14 de la Ley 4a. de 1964, 8 de la Ley 153 de 1887; 191 y 192 del Decreto 150 de 1976; y las cláusulas del contrato 356 de 1975 y sus adicionales.

Cumplido el trámite de la instancia el *a-quo* decidió en la forma indicada atrás. Para el efecto, no consideró las excepciones propuestas porque su formulación fue extemporánea.

Frente al fondo del asunto, estimó: a) Que la celebración de los distintos contratos se cumplió sin objeciones de tipo legal, menos frente al 378 de 1978 que no pudo perfeccionarse por falta de aprobación de la fianza correspondiente.

b) Que se comprobó plenamente que la sociedad demandante sí cumplió satisfactoriamente los trabajos de interventoría, sin solución de continuidad, desde la celebración del contrato 356 de 1975 hasta la ejecución del 021 de 1980.

c) Que la misma administración reconoció deberle a la demandante la suma de $2.992.951.25, mediante la Resolución No. 6628 de 21 de julio de 1982 del Ministerio de Obras; reconocimiento que fue hecho por la Comisión designada con base en la Ley 18 de 1982.

d) Que pese a que esa Ley 18 fue declarada inexequible, queda en pié el reconocimiento hecho por la Comisión, el que se basó en la documentación que tenía en su poder el Fondo Vial.

e) Que aunque los trabajos no quedaron propiamente comprendidos en el contrato 356, deberán pagarse, porque, de lo contrario, se presentaría un enriquecimiento sin causa para la entidad.

f) Que aunque existe la discrepancia sobre la naturaleza de la acción, ya que se duda entre una acción contractual y otra extracontractual, el tribunal estima que encaja más en esta última.

g) Que la acción no estaba caducada cuando se presentó la demanda, (9 de marzo de 1984) por cuanto el término debía contarse a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 11116 de 9 de diciembre de 1982, revocatoria de la resolución de reconocimiento 6629 de ese mismo año.

Descontenta la entidad demandada con la decisión del *a-quo*, interpuso apelación. Luego, la actora adhirió al recurso.

Cumplido el trámite de la segunda instancia es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la fiscal 7a. de la Corporación, la sentencia merece ser confirmada. Así, en su vista de septiembre 17 de 1990, a guisa de conclusión final anota:

"En cuanto al fondo del negocio, se observa que los gastos cuyo pago solicita el demandante fueron reconocidos por la Administración por haber sido plenamente comprobados por el contratista y, efectivamente, en el cuaderno No. 3 aparecen los documentos que lo comprueban. En consecuencia, por este aspecto realmente no hay discusión: Las obras fueron ejecutadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante pero no fueron canceladas.

"En efecto, aparece demostrado que la entidad contratante en desarrollo de la Ley 18 de 1982 mediante la comisión prevista en la norma reconoció por Acta del 19 de julio de 1982 el valor correspondiente a las obras realizadas entre agosto de 1978 y mayo de 1979, conforme a lo solicitado por el contratista en carta de 18 de febrero de 1982 y lo demostrado mediante la documentación presentada y que aparece a folios 282 y s.s. del cuaderno No. 3.

"Con base en lo anterior no hay discusión que las obras realizadas fueron recibidas a satisfación por la administración y que ésta se benefició con ellas mientras que el contratista no recibió el pago correspondiente sin que su labor se hubiera desarrollado por pura liberalidad sino como consecuencia de la convención con la Administración por lo cual es procedente el pago de lo debido."

Por su lado, la parte actora estima que el lucro cesante estuvo mal evaluado al ordenar reconocimiento de un interés del 6%, con lo que estaría recibiendo una suma de dinero con el poder adquisitivo que tenía para 1978, "que con los niveles de inflación alcanzados en los últimos doce años, es notablemente inferior al que en la actualidad posee esa misma cantidad de dinero". Insiste en que ese interés a la indicada tasa deberá aplicarse a la suma ya actualizada.

Para la Sala, la sentencia deberá confirmarse, por cuanto ella se ajusta no sólo a la realidad procesal sino a la orientación de la jurisprudencia. Jurisprudencia que ha venido manejando situaciones como la aquí tratada con apoyo en la *"actio in rem verso"*.

Por eso la Sala comparte la motivación del tribunal y reitera la jurisprudencia contenida en sus fallos de marzo 12 de 1987 (Proceso 4101) actor Mora Mora y Cía. Ltda. y agosto 6 del mismo año (Proceso 3886 Actor Conic Ltda.) De este último fallo, se destaca:

"En suma, cuando las obras encajan dentro del objeto del contrato, las acciones derivadas de su ejecución y cumplimiento son típicamente contractuales. En cambio, cuando ciertas obras no quedan comprendidas en él y se ejecutan a instancia de la entidad pública y bajo su apremio, ese exceso no tiene su respaldo en un contrato y su controversia no debe ser contractual. Por lo menos este ha sido el manejo de esta Sala, mayoritariamente, con la salvedad de señor Consejero Valencia Arango, quien insiste en su tesis, ha venido dando a tales situaciones con apoyo en *"la actio in rem verso."* En otras palabras, cuando debiéndose celebrar el contrato adicional no se hace

y pese a eso se ejecutan las obras, la controversia, de contenido indemnizatorio, encuentra su apoyo en el enriquecimiento incausado." (...)

Muestra el acervo probatorio:

a) Que el Fondo Vial Nacional celebró con la firma Ingecos Ltda. el contrato 356 de 1975, el que sufrió sucesivas prórrogas hasta el año de 1980, mediante contratos adicionales.

b) Que todos estos contratos se perfeccionaron y cumplieron a cabalidad, con excepción del No. 378 de 1978 suscrito por las partes, pero no perfeccionado.

c) Que la contratista ejecutó obras con base en este último por un valor de $2.992.051.25; valor que fue aceptado por el Fondo mismo y que coincide con la suma aceptada por el Ministerio de Obras en la resolución de reconocimiento No. 6629 de 21 de julio de 1982, dictada con sujeción a lo previsto en la Ley 18 de 1982.

Se anota, con base en la motivación expuesta en la aludida resolución ministerial, que el valor incluido fue constatado por una comisión integrada entre otros, por el señor Ministro de Obras, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación y un delegado de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

d) Aunque la Resolución 6629 fue declarada sin efecto jurídico, ya que fue revocada por la No. 11116, luego de la inexequibilidad de la Ley 18 de 1982 que le había servido de fundamento, el valor incluido en aquélla, constatado con base en la documentación que reposa tanto en el Ministerio como en el Fondo Vial y que se reclama en este proceso a título de indemnización, no perdió vigencia, porque fue cuantificado y reconocido por la misma entidad. Esa revocatoria afectó entonces, no el acervo probatorio utilizado para su determinación, sino el efecto ejecutivo de la primera resolución de reconocimiento.

Para la Sala el Fondo adeuda la suma indicada, tal como lo sostiene el *a-quo*. Es un hecho plenamente establecido que la contratista ejecutó un trabajo y que éste fue recibido a satisfacción por la entidad. Trabajo que debió respaldarse en el contrato adicional 378 que no logró perfeccionarse pese a las gestiones de la contratista y por la conducta asumida por el Fondo.

(...) Se sostuvo en las sentencias antes citadas que en casos como el aquí estudiado, mas que una controversia de tipo contractual, se da un litigio indemnizatorio por enriquecimiento sin causa, Y ahora aunque la Sala no pretende variar ese enfoque, desea atenuarlo en su rigor, dada la circunstancia de que aquí tampoco puede hacerse una diferencia tajante entre la acción contractual y la extracontractual, máxime cuando ya la doctrina se orienta a la aplicación de principios comunes.

Si se adopta la solución propuesta por el tribunal, ello obedece a que ante la ausencia del contrato adicional que debió celebrarse, es más justa para la persona que ejecutó la obra, pese a ese vacío, subsumir la acción en los supuestos de la *actio in rem verso,* que obligarla a demandar contractualmente apoyada en un contrato que no llegó a perfeccionarse.

Y la justicia está en esta forma de parte de la demandante, no sólo porque se produjo el enriquecimiento para el Fondo y el empobrecimiento consecuencial para Ingecos Ltda. en cuanto al valor de lo ejecutado y no pagado, sino porque tanto ese enriquecimiento como el empobrecimiento no tuvieron una causa (el adicional 378/78 no logró perfeccionarse, aunque si ejecutarse); y porque la demandante no tenía, en las circunstancias anotadas, una acción contractual específica que le permitiera el reconocimiento de la labor ejecutada.

También comparte la Sala la reflexión hecha por el tribunal, en el sentido de que la caducidad de la acción no se produjo, fuera ésta contractual o extracontractual, porque en definitiva, el término para demandar empezó a correr a partir de la notificación de la resolución 11116 de 9 de diciembre de 1982 (allí el Fondo manifestó no poder reconocer la obligación) y la demanda se presentó el día 9 de marzo de 1984. No puede contarse el término desde antes, porque en ese período el reconocimiento de la obligación no sólo fue expreso (ver resolución 6629) sino implícito en la conducta que asumió el Ministerio para reconocer obligaciones pendientes, lo que lo llevó a presentar el proyecto de ley que culminó con la expedición de la 18 de 1982.

Esto tomando la acción como extracontractual, porque vista dentro de la perspectiva contractual el asunto es aún mas claro, porque antes del Decreto 01 de 1984 los litigios contractuales no estaban sometidos a la caducidad sino a la prescripción extintiva de 20 años (artículo 2536 del C.C.).

No asiste razón a la demandante cuando solicita que el lucro cesante no debe liquidarse sobre el valor histórico debido ($2'992.051.25) sino sobre el valor actualizado.

La Sala en este punto ha mantenido una posición uniforme. Cuando se revalúa un valor histórico, se restablece el poder adquisitivo del peso a la ejecutoria de la sentencia y no a la fecha de la ocurrencia del fenómeno que produjo el daño. Así no se produce enriquecimiento para el demandante y se respeta el concepto "indemnización"

Por eso mismo cuando se revalúa, el lucro cesante se liquida con base en un interés técnico o puro del 6% anual y no con apoyo de la tasa de interés comercial, así la parte acreedora sea un comerciante.

En esto la Sala reitera la tesis expuesta en su fallo de agosto 6 de 1987, citado atrás. Allí se dijo:

"Asiste la razón al Fondo al cuestionar la liquidación final hecha por los peritos. Ha sido reiterado el pensamiento de esta Corporación en el sentido de que no puede liquidarse una condena con intereses comerciales simples o de mora más la actualización de la misma. Los intereses comerciales llevan en su seno la corrección monetaria.

"Por esta razón deberá utilizarse el interés técnico del 6% anual, el que está desprovisto de esta nota. Interés que deberá aplicarse sobre los valores históricos y no luego de su revaluación.

"La concurrencia de intereses puros o técnicos y la depreciación monetaria ha sido aceptada por esta Sala en repetidas ocasiones y tiene su respaldo en la doctrina. A este respecto Eduardo A. Zannoni (La Revaluación de obligaciones dinerarias, Astrea 1977 pág. 131), sostiene:

""EL RUBRO INTERESES NO ES INCOMPATIBLE CON EL COMPUTO DE LA DEPRECIACION MONETARIA. El rubro intereses y el correspondiente a depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa diferente: los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital, en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del daño originario en signo monetario envilecido.

""Pero, entonces, la aplicación de intereses guarda relación con la desvalorización monetaria, pues es bien sabido que los intereses bancarios corrientes han ido aumentando precisamente a los efectos de compensar, en parte, la incidencia del proceso inflacionario.

CNCiv, Sala D, 1-6-76, ED. 72-326, Fallo 29.176.

""Por tanto, reajustado el crédito en función de la depreciación monetaria se originaría un enriquecimiento sin causa si sobre ese monto, así reajustado, se volviera a calcular una tasa de interés que incluyera el plus destinado a la recomposición del capital.

CNCiv. Sala A, 11-9-76 ED, 72-330, Fallo 29.177.

El mismo autor en otra parte de la obra en cita, anota:

""1. IMPLICABILIDAD DE LA TASA DE INTERES CORRIENTE. Cuando se actualiza el valor de la indemnización en razón de la depreciación monetaria, no es procedente aplicar la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus descuentos ordinarios.

"CNCiv, Sala B. 9-9-76, LL, 19-5-77, Fallo 34.155 S. .

""Esta doctrina encuentra apoyo en los casos en que el crédito del actor ha sido revalorizado en la sentencia en virtud de la depreciación de la moneda, ya que aplicar en ellos la tasa bancaria oficial daría resultado confiscatorio, como lo ha resuelto recientemente la Corte Suprema de Justicia, el 14 de octubre de 1976.

""CNCiv. Sala D. 16-12-76 ED, 15-8-77, Fallo 29.787 (O.C. pag. 127)"".

Se precisa finalmente que para efectos de la actualización el índice final será el que certifique el Banco de la República (por tratarse de índices al por mayor) a la fecha de ejecutoría de esta sentencia y no el de abril de 1988, señalado en el fallo de primera instancia. Para efectos del lucro cesante se tendrá en cuenta la misma previsión.

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 mayo 26 de 1988, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES/ SOCIEDAD FIDUCIARIA/ CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Reglamentación / **FIDUCIA ENTRE ENTIDADES PUBLICAS**

El Decreto 1547 de 1984 autorizó la creación de una sociedad fiduciaria para manejar el Fondo Nacional de Calamidades. Con base en dicha ley La Previsora S.A. y Cajanal crearon una nueva empresa comercial e industrial del Estado denominada Sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda. regida en lo no previsto en su escritura de creación por los Decretos 1050 y 3130 de 1968. El Decreto 632 de 1988 en forma alguna excede los términos del Decreto 1547 de 1984 ni desconoce el contenido de la escritura de constitución de la Sociedad Fiduciaria. No hizo ese Decreto cosa distinta a la de precisar ciertos aspectos comprendidos en leyes y normas anteriores para facilitar la debida ejecución y comprensión de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5370. -Contratos-. Actor: Pablo Segundo Galindo Nieves.

Procede la Sala a decidir el presente proceso mediante el cual el ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves, solicita que se declare la nulidad del Decreto 632 de 8 de abril de 1988 "por el cual se reglamenta el inciso 3° del Decreto 1547 de 1984" en sus artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5°. Normas que disponen:

"Artículo 1°.- Los contratos de fiducia mercantil que celebre la Sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda. con otras entidades de carácter público son

de derecho privado, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Ley 222 de 1983 y, en consecuencia, se regirán por las normas que regulan la materia.

"Artículo 2°.- Los contratos de fiducia entre entidades públicas deberán cumplir los requisitos de los contratos interadministrativos, de acuerdo con lo previsto por el artículo 266 del Decreto Ley 222 de 1983.

"Artículo 3°.- Las entidades públicas que deseen celebrar contratos de fiducia deberán sujetarse a la ley que les autoriza, bien sea en forma genérica o particular.

"Artículo 4°.- Cuando las entidades públicas celebren contratos de fiducia deberán tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos que se enumeran a continuación:

"1°. Que se ajusten a las normas del Código de Comercio y de la Ley 45 de 1923 o sus posteriores reformas.

"2°. Que el objeto del contrato no sea el ejercicio de una función pública constitutiva de la naturaleza de la entidad, salvo expresa autorización legal.

"3°. Que existan razones de conveniencia para requerir de los servicios de la Sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda.

"Parágrafo. El representante legal de la entidad contratante, previamente a la celebración del respectivo contrato, hará las calificaciones a que se refieren los numerales 2 y 3 del presente artículo.

"Artículo 5°.- También podrán celebrarse contratos de fiducia para asegurar el cumplimiento de planes y programas de desarrollo económico, social, sanitario, educativo y materias conexas, de carácter prioritario para el Gobierno Nacional".

Para la parte demandante el decreto en cuestión viola los siguientes artículos: 20, 55, 76 numerales 1 y 4, y, 120 numeral 3 de la Constitución; Decreto 1547 de 1984; 16 y 266 del Decreto 222 de 1983.

Durante el trámite de la instancia se resolvió desfavorablemente la petición de suspensión provisional. Así, en el auto de julio 11 de 1988 (a folio 18) se dijo a ese respecto:

"Así las cosas a los contratos celebrados por la sociedad fiduciaria en comento les es aplicable el artículo 257 del Decreto 222 de 1983, es decir que los convenios que celebre estarán regidos por regla general por normas de derecho privado. Visto lo anterior y haciendo una simple comparación entre la norma acusada y las disposiciones que se dicen conculcadas, tal como lo ordena el artículo 152 del C.C.A. el despacho no encuentra motivos

para suspender el Decreto 632 de 1988, porque, en principio, en él no se hizo más que reafirmar los ordenamientos que preve el estatuto contractual administrativo, para los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del estado y las sociedades de economía mixta".

La providencia fue suplicada y la sala de decisión mantuvo la no suspensión del decreto impugnado (a folios 24 y siguientes).

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal 2a. de la Corporación el artículo 5° del decreto demandado está afectado de nulidad porque " la materia a la cual se refiere (...) es completamente extraña a las anteriores situaciones y en consecuencia no pueden celebrarse contratos de fiducia con tal propósito".

De esa vista fiscal de 9 de octubre de 1990, se destaca, en relación con la nulidad del artículo 5° del Decreto 032 de 1988:

"Teniendo en cuenta las razones existentes expresadas en el Decreto 1547/84, para crear el Fondo Nacional de Calamidades, lógicamente que las necesidades que lleven a realizar esta clase de contratos deberán estar relacionadas con situaciones de catástrofes y similares, señaladas en tal norma.

"La razón anterior es la que permite afirmar, que el artículo quinto (5°) del decreto acusado, está en desacuerdo con el decreto que dice reglamentar.

"Este artículo autoriza la celebración de contratos de fiducia " para asegurar el cumplimiento de planes y programas de desarrollo económico, social, sanitario, educativo y materias conexas de carácter prioritario para el Gobierno Nacional".

"Claramente se observa, que la materia anterior no puede ser objeto de esta clase de contrato, primeramente, porque ella constituye una función propia de la administración; y en segundo lugar porque el Decreto 1547/84 que se reglamenta y por el cual se creó el Fondo Nacional de Calamidades, de manera muy clara señaló para qué fines fue creado. Como lo da a entender su nombre, el mencionado Fondo Nacional de Calamidades surgió para atender las necesidades que se originen en catástrofes y otras situaciones de naturaleza similar.

"El mismo decreto define el término diciendo: "Para efectos del presente decreto se entiende por catástrofe toda situación de emergencia que altere gravemente las condiciones normales de la vida cotidiana en un área geográfica o región del país determinada y que, por lo mismo, requiera de la especial atención de los organismos del Estado y de otros de carácter humanitario o de servicio social.

"Las situaciones de emergencia a las que se refiere el inciso anterior, pueden ser causadas por: a) fenómenos naturales o artificiales de gran intensidad o violencia; b) Sucesos infaustos únicos o repetidos; c) enfermedades o afecciones de carácter epidémico; d) actos de hostilidad o conflictos armados de alcance nacional o internacional, que afecten a la población.

"Podrá entenderse por otras situaciones de naturaleza similar los siniestros de magnitud e intensidad tales que, aún en el evento de que fueren materia de cobertura por seguros especiales tales como el de terremoto, el agropecuario, el de crédito por obligaciones que adquieran pequeños y medianos industriales y micro-empresarios, el obligatorio por accidentes personales ocasionados por el uso de vehículos automotores y el de desempleo, las sumas a pagar por cuenta de las aseguradoras y reaseguradoras nacionales, superen los recursos disponibles que correspondan a su propia retención y a las recuperaciones recibidas de todos sus reaseguradores."

Por su lado, la parte actora insiste en su demanda y refuerza la argumentación expuesta en dicho escrito (a folios 43 y siguientes).

El Ministerio de Hacienda reitera las razones expuestas en la contestación de la demanda (a folios 32 y siguientes del C. No.2).

Para resolver, se considera:

Dice la norma reglamentada, o sea el inciso 3° del artículo 3° del Decreto 1547 de 1984:

"Dichos bienes y derechos se manejarán y administrarán por la Sociedad Fiduciaria que se constituya en los términos del presente artículo en forma completamente separada del resto de los activos de la misma sociedad, así como también de los que integren otros fideicomisos que esa entidad reciba en administración.".

En los dos primeros incisos no demandados, y que también se transcriben para facilitar la comprensión del asunto, dispone la norma:

"El Fondo Nacional de Calamidades será manejado por una sociedad fiduciaria de carácter público. Para tal fin autorízase a la Previsora S.A., compañía de Seguros y a otras entidades públicas cuyos estatutos y normas orgánicas tengan relación con el objeto del Fondo, para constituir dicha sociedad fiduciaria, conforme lo determina el Gobierno Nacional. La sociedad que se cree estará vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público."

"Los bienes y derechos de la nación integrantes del Fondo Nacional de Calamidades constituyen un patrimonio autónomo destinado específicamente al cumplimiento de las finalidades señaladas por el presente decreto."

Como se observa el Decreto 1547 autorizó la creación de una sociedad fiduciaria de carácter público para manejar el Fondo de Calamidades. Con base en dicha ley la Previsora S.A. y la Caja Nacional de Previsión crearon una empresa comercial e industrial del Estado denominada Sociedad Fiduciaria La Previsora Ltda. regida en lo no previsto en su escritura de creación (25 de 29 de marzo de 1985) por los Decretos 1050 y 3130 de 1968 (a folios 14 y siguientes del C. No.2).

En dicha escritura al concretar el objeto de la sociedad se observa:

"CUARTA OBJETO: El objeto principal de la Sociedad es la celebración de contratos fiduciarios tipificados en el Título XI del Libro Cuarto del Código de Comercio y los negocios fiduciarios previstos en la Ley 45 de 1923 y demás normas que los adicionen y reformen. Podrá también de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1547 de junio de 1984 administrar y manejar el FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES en todos sus bienes y derechos y llevar la representación del mismo cumpliendo con los objetivos para él previstos y respetando la destinación de los (ilegible) que lo conforman. En desarrollo del mismo puede la Sociedad ejecutar todos los actos o contratos que fueren convenientes o necesarios para el cabal cumplimiento de su objeto social y que tengan relación directa con el objeto mencionado. En desarrollo de su objeto social y de acuerdo con las normas legales correspondientes, la sociedad puede: a) adquirir, enajenar, gravar, administrar toda clase de bienes muebles o inmuebles. b) Intervenir como deudora o como acreedora en toda clase de operaciones de crédito, dando o recibiendo las garantías del caso cuando haya lugar a ellas. c) Celebrar con establecimientos de crédito y con compañías aseguradoras, toda clase de operaciones relacionadas con los bienes y negocios de la sociedad. ch) Girar, aceptar, endosar, asegurar, cobrar y negociar, en general toda clase de títulos valores y cualesquiera otros derechos personales y títulos de crédito. d) Celebrar contratos de prenda, de anticresis, de depósito, de garantía, de administración de mandato, de comisión y de consignación. e) intervenir directamente en juicios de sucesión como tutora, curadora o albacea fiduciaria. f) Emitir y negociar títulos o certificados fiduciarios libremente negociables y garantizados por las fiducias en ella constituidas. g) Formar parte de otras sociedades que se propongan actividades semejantes, complementarias o accesorias de la empresa oficial o que sean de conveniencia y utilidad para el desarrollo de los negocios sociales, o absorber tal clase de empresas, para lo cual se observará lo previsto en el artículo 29 del Decreto 1050 de 1968. h) Celebrar contratos de participación, sea con otras sociedades, cualquiera que sea su naturaleza y objeto social, adquiriendo las acciones o pagando los aportes que sean del caso. i) Obrar como agente de entidades o establecimientos públicos, y en tal carácter administrar bienes, invertir o cuidar de su correcta inversión, recaudar sus productos, recibir, aceptar y ejecutar los encargos y facultades que le confieran tales entidades, recibir dinero y efectuar pagos por cuenta de las mismas, y en general, ejecutar y celebrar todos los actos y contratos que

sean necesarios o convenientes para el cabal cumplimiento de las funciones y encargos que se le confíen."

Se desprende de la norma reglamentaria y de la escritura de constitución de la fiduciaria que ésta no tiene como único objeto manejar el Fondo Nacional de Calamidades. No, la ley da a entender que fuera de manejar en forma separada los bienes de dicho Fondo, la sociedad podrá cumplir otras actividades comprendidas en su objeto social. No otro sentido tiene la norma reglamentaria cuando precisa que esos bienes y derechos los manejará y administrará en forma separada "del resto de los activos de la misma sociedad, así como también de los que integren otros fideicomisos que esa entidad reciba en administración."

En otros términos, el objeto de la sociedad está bien delimitado en la ley y en sus estatutos y en parte alguna se dice que esa Sociedad Fiduciaria no podrá manejar sino el Fondo de Calamidades.

Ahora bien. Si la escritura social 025 desconoce los términos y alcances del Decreto Ley 1547 (dictado con base en la ley de facultades 11 de 1983, artículos 12 y 13, nl. 10) no es esta la oportunidad ni la acción para definir ese extremo.

Lo que sí es evidente es que el Decreto 632 de 1988 en forma alguna excede los términos del Decreto 1547 ni desconoce el contenido de la escritura de constitución de la Sociedad Fiduciaria.

Su lectura permite concluir que no hizo ese decreto cosa distinta a la de precisar ciertos aspectos comprendidos en leyes y normas anteriores, para facilitar la debida ejecución y comprensión de la ley (para el caso, el Decreto 1547).

En este orden de ideas, se observa:

El artículo 1°. Se afirma allí que los contratos de fiducia que celebra la Fiduciaria son de derecho privado, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 222 de 1983. Pues bien. Esta norma se ajusta a la ley y sobraba, en cierto sentido. Baste observar que el Decreto 222 al enumerar los contratos administrativos en su artículo 16 no incluye los de fiducia comercial y al no hacerlo los califica como privados de la administración y como tales sujetos a las normas comerciales.

Este aspecto coincide con el objeto social que se transcribió atrás.

La previsión de su artículo 2° tampoco viola la ley, ni la excede ni la desconoce. Todo contrato celebrado entre entidades públicas es interadministrativo por principio y como tal está sometido al mandato contenido en el artículo 266 del Decreto 222. Repetir esta norma en el decreto reglamentario en lugar de entorpecer el cumplimiento del decreto reglamentado lo clarifica y evita que, por la calificación que se hace de contratos de derecho privado, no se cumplan las exigencias de la parte final del citado artículo 266 o sea que "en ellos debe pactarse

la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales, llevarse a cabo el registro presupuestal y ordenarse su publicación en el Diario Oficial."

El artículo 3° tiene una exigencia de ley que también se subentiende. Toda entidad pública requiere para celebrar contratos con otras entidades o con particulares, autorización para el efecto. La competencia es de derecho estricto y las autoridades no pueden hacer sino aquello para lo que estan expresamente autorizadas.

El artículo 4° repite aspectos que estan contemplados en la ley y en los estatutos de la Fiduciaria. Corresponden estas exigencias a los cometidos que cumple y a los negocios de derecho privado que celebra por autorización legal. Como es obvio en esos contratos de fiducia no puede comprometerse el ejercicio de una función pública, porque el objeto del contrato sería ilícito.

Para la Sala tampoco el artículo 5° excede la potestad reglamentaria. Pero para hacer esta afirmación hay que armonizar el Decreto 1547 y la escritura social 025; armonización que permite entender que como el objeto social de la Fiduciaria no se reduce, por voluntad de la ley, al solo manejo del Fondo de Calamidades los contratos de fiducia allí indicados podrán celebrarse para cumplir otros extremos de su objeto social debidamente autorizados.

Todo lo precedente muestra que quizás el demandante se confundió un tanto al enfrentar en forma aislada el decreto reglamentario con el inciso 3° del artículo 3° del Decreto 1547.

Si así fueran las cosas, habría podido tener razón.Pero ese decreto reglamentario no puede deslindarse de la normatividad legal anterior y menos de los estatutos de la Sociedad Fiduciaria aprobados por el Gobierno y que no chocan con lo dispuesto en los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

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

FALLA:

No se decreta la nulidad del Decreto 632 de 8 de abril de 1988.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Davila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA / - Arma Oficial/ **CULPA DE LA VICTIMA/ CONCURRENCIA DE CULPAS**

El caso *sub-judice,* dadas sus especiales circunstancias, permitía la solución bien con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio o bien con fundamento en la falla presunta. La primera porque se comprobó que la conducta irregular del agente muestra un mal funcionamiento del servicio público, y la segunda porque se probó que la tragedia se produjo con el arma de dotación oficial y que ésta fue accionada por el agente público. De lo probado, se infiere que el hecho trágico se produjo por la concurrencia de dos fallas simultáneas, sin que pueda afirmarse la exclusividad de ellas. Ambas conductas graves y determinantes.

LIQUIDACION DE CONDENA/ CONDENA EN ABSTRACTO

La liquidación de la condena deberá hacerse mediante el trámite incidental previsto en el art. 137 del C.P.C. y no por la vía que indicaba el art. 308, norma que fue derogada por el D. 2282/89; incidente que deberá formularse dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo (art. 119 C.P.C.). La condena en abstracto sigue siendo procedente en el proceso administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6065. -Indemnizaciones-. Actor: María Luz Pantoja Melo.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de diciembre de 1989, mediante la cual el tribunal administrativo de Nariño, dispuso:

"PRIMERO.- DECLARAR QUE LA NACION COLOMBIANA -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -POLICIA NACIONAL- es administrativamente responsable por la muerte del señor JORGE ARNULFO CABRERA RAMIREZ, causada como consecuencia de la herida abdominal que le ocasionó el agente de la Policía Nacional -División Nariño EDGAR POLIBIO ROSERO GUASMAYAN con arma de dotación oficial el 6 de abril de 1988 en la ciudad de Pasto (Nariño).

"SEGUNDO.- CONDENAR como consecuencia de la anterior declaración, a la Nación Colombiana y con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL-, a pagar a los demandantes MARIA LUZ PANTOJA MELO en su condición de cónyuge sobreviviente, a sus hijos menores de edad JOSELITO BOSCO, SANDRO FABIAN, JORGE GIOVANNY Y BETTY OMARI CABRERA PANTOJA, representados por su madre, a su hija mayor NADIA DEL TRANSITO CABRERA PANTOJA y a su hijastra NHORY MIREYA PANTOJA, por concepto de perjuicios morales ocasionados por la muerte de JORGE ARNULFO CABRERA RAMIREZ, MIL (1.000) gramos de oro para su esposa; MIL (1.000) gramos de oro para cada uno de sus hijos y QUINIENTOS (500) gramos de oro para su hijastra.

"La equivalencia en pesos colombianos se determinará con la certificación del Banco de la República sobre el valor del gramo de oro en el Mercado Internacional a la fecha de la ejecutoria de esta providencia.

"TERCERO.- CONDENAR EN ABSTRACTO a la NACION COLOMBIANA con cargo al presupuesto del MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL-, a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios materiales, las cantidades que se liquiden en el incidente de regulación, con sometimiento a las pautas indicadas en la parte motiva de esta providencia.

"CUARTO.- LA NACION COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL-, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, con las consecuencias obligadas en caso de no cumplimiento oportuno.

"Copia de esta providencia se enviará al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional y Fiscalía Segunda del Tribunal Superior de Pasto.

"Si este fallo no fuere apelado se consultará con el H. Consejo de Estado."

En el libelo se narraron, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Que el día 6 de abril de 1988, cuando el señor Jorge Arnulfo Cabrera departía con su hermano Segundo Gerardo en un establecimiento de cantina situado en la calle 20 No 1-70 de la ciudad de Pasto, ingiriendo licor y jugando sapo, fue agredido por el agente de policía Edgar Polibio Rosero, quien en estado de embriaguez, vestido de uniforme y portando arma de dotación oficial, le propinó un tiro en el abdomen, que le causó la muerte el 20 de abril de ese mismo año.

2) Que el agente homicida alegó, ante sus superiores, que había sido atacado y que le habían robado el revólver.

3) El señor Arnulfo Cabrera R. estaba casado con la señora María Luz Pantoja M., por los ritos del matrimonio católico; y era padre de Nadia del Tránsito (12 de octubre de 1969), Joselito Bosco (29 de diciembre de 1970) Sandro Fabian (29 de noviembre de 1971), Jorge Giovanny (21 de abril de 1975) y Betty Omarí (24 de noviembre de 1979).

4) Que la señora María Luz Pantoja es madre, extra-matrimonial, de Nhory Mireya Pantoja (9 de diciembre de 1962), quien fue recibida en el hogar Cabrera Pantoja, como una hija más.

Tramitada la instancia, el *a-quo* falló en la forma anotada atrás. En uno de los apartes de la sentencia se anota:

> "En el presente caso se halla demostrado claramente que el Agente de la Policía Nacional División Nariño EDGAR POLIBIO ROSERO GUASMAYAN, hallándose en estado de franquicia pero portando uniforme privativo de la Institución y con arma de dotación oficial ocasionó las lesiones abdominales que produjeron la muerte de JORGE ARNULFO CABRERA RAMIREZ, que de acuerdo con la decisión transcrita del H. Consejo de Estado, permite presumir la falla del servicio, que en lo que ha corrido de este proceso no ha sido desvirtuada por la existencia de una cualesquiera de las causales exonerativas que desvirtuen el nexo causal imputable a título de falla en el servicio a la Policía Nacional.
>
> "Al no concurrir la fuerza mayor ni el hecho de un tercero entre las causales exonerativas de la responsabilidad por falla del servicio presunta, se advierte con la evidencia probatoria requerida que el agente EDGAR POLIBIO ROSERO GUASMAYAN accionó su arma de dotación contra el ciudadano JORGE ARNULFO CABRERA RAMIREZ causándole lesiones de tal magnitud que falleció días más tarde. Todas estas circunstancias las relaciona el informativo de carácter disciplinario número 77 del Departamento de Policía Nariño que culminó con la separación del servicio en forma absoluta del agente agresor "por haberse demostrado que incurrió en faltas constitutivas de mala conducta, al tenor del artículo 125, literal a) del Reglamento de Disciplina y Honor, en concordancia con el artículo 124 *ibídem*, consistente en no haber entregado el arma de dotación por término de servicio y dedicarse a la ingestión de bebidas embriagantes en traje de uniforme, en

la cantina "Tequendama" de Pasto el 6 de abril de 1988, donde en horas de la tarde protagonizó riña y escándalo con los particulares JORGE ARNULFO Y SEGUNDO GERARDO CABRERA RAMIREZ, accionando el revólver de dotación contra el primero de los mencionados, causándole mortal herida a la altura del abdomen e inmediatamente fue despojado del arma por parte de Segundo Gerardo quien le disparó varias veces, alcanzándolo a herir levemente a la altura de la nariz y lado izquierdo de la cabeza, después de haber emprendido la huída fue capturado y recuperado el revólver citado." Inexplicablemente nada se dijo frente a las personas que con su negligencia hicieron posible el uso de material de alta peligrosidad por parte del agente, quien habiendo cumplido el servicio debía entregar las armas de dotación al encargado de relacionarlas y éste a su vez constatar que esa previsión tuviera efectivo cumplimiento y evitar así que con su uso irresponsable sucedieran hechos lamentables como este, que con la diligencia que exige el ejercicio de los cargos públicos pudo haberse evitado.

"La intervención de un tercero, como ocurre en el presente caso con el hermano de la víctima quien reaccionó ante la agresión de que fue objeto su hermano, en manera alguna puede considerarse como hecho de un tercero exonerante de la responsabilidad de la Administración, porque ya el daño se había causado y la acción subsiguiente a las lesiones causadas con el arma de fuego no tiene ninguna relación de causalidad frente al perjuicio."

Descontenta la parte actora con la decisión interpuso el recurso de apelación, por cuanto no estaba de acuerdo con las pautas señaladas para la liquidación de los perjuicios materiales.

Tramitada la segunda instancia, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal de la Corporación la sentencia deberá modificarse no sólo porque deberá disminuirse la condena en razón de la culpa de la víctima, sino porque los gastos médicos y hospitalarios, de transporte y exequias no resultaron comprobados. Por lo demás, la falla del servicio está bien probada.

De esa vista fiscal de fecha 18 de octubre de 1990, (a folios 330 y siguientes) se destaca:

"De las declaraciones que aparecen en el expediente, tendientes a establecer la forma como se sucedieron los hechos, es importante destacar, que aparte de las declaraciones rendidas por los mismos protagonistas y directamente interesados, solamente hubo un testigo de los hechos, la joven MARIA ANGELICA CEBALLOS MUÑOZ, quien atendía la cantina donde ocurrieron los hechos. De esa declaración se deduce, que realmente existió un altercado entre el Agente de Policía y los hermanos Cabrera, se deduce igualmente, que éstos últimos quisieron desarmar al Policía, y forcejearon con él para lograr su cometido. Todos los intervinientes y protagonistas de

los hechos por los cuales se reclama, estaban ingiriendo licor. Es de suponer que debido a esta circunstancia el proceder de ellos fue imprudente y temerario, como suele ocurrir en tales casos.

"Tiene pues razón la representante legal del Ministerio de Defensa cuando insiste en sostener, que existió, en el presente caso, la especial circunstancia de la conducta de la víctima que fue determinante en lo ocurrido, igualmente la intervención del tercero, agrediendo de palabras y físicamente al Policía.

"Haciendo la composición del lugar y considerando las distintas circunstancias, sobre la forma como se sucedieron los hechos, es más factible creer que existió imprudencia y hasta provocación por parte de los civiles hacia el Agente.

"Lo anterior no exonera de manera total la responsabilidad del Agente, y hay que reconocer la manera irresponsable de su proceder al dedicarse a ingerir licor estando uniformado y portando un arma oficial."

Por su lado, la parte demandada insiste en que el tribunal no tuvo en cuenta ni la culpa de la víctima ni la intervención de un tercero (el hermano de ésta). Apoya su argumentación en jurisprudencia de esta misma Sala, contenida en la sentencia de 22 de febrero de 1990 (Proceso 4271).

Para la Sala la sentencia será confirmada, pero con modificaciones, ya que sí se dio dentro del proceso la culpa de la víctima, pero no exclusiva o determinante del hecho perjudicial sino parcial o concurrente. Además, la determinación del daño emergente merece igualmente reparos.

La falla del servicio fue bastante bien estudiada por el *a-quo*. Por ese motivo sobra hacer otras lucubraciones a ese respecto. Se podría sí aclarar que el caso *sub-judice,* dadas sus especiales circunstancias, permitía la solución bien con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio o bien con fundamento en la de la falla presunta.

La primera, porque se comprobó que la conducta irregular del agente (borracho, en establecimiento público, con el arma de dotación oficial y uniformado) muestra un mal funcionamiento del servicio público, puesto que en tales condiciones los agentes del orden no pueden ser garantía para la defensa de la vida, honra y bienes de las personas. Mala conducta probada también disciplinariamente y que le costó al agente homicida el retiro definitivo del servicio.

Si a lo demás se le suma que incumplió con el deber de entregar su arma de dotación oficial cuando terminó su turno, que con ella se produjo la tragedia, y que se dejó desarmar, en establecimiento de dudosa reputación por dos personas igualmente ebrias, no queda duda de esa responsabilidad.

Asimismo, esa responsabilidad pudo impetrarse con base en la falla presunta. Se comprobó bien que la tragedia se produjo con el arma de dotación oficial

y que ésta fue accionada por el agente público. Además, no se comprobó ninguna de las causales de exoneración señaladas para el establecimiento de la no res-ponsabilidad del ente público.

Se remite la Sala a lo sostenido en sentencias de julio 31 de 1989 (proceso 2852 Jorge Arturo Herrera) y de 25 de mayo de 1990 (proceso 5821 Marco A. López), que compendian los alcances, efectos y exculpaciones propios de la mencionada falla presunta.

Pero con esa falla del servicio concurrió la culpa de la víctima y aún el hecho de tercero. Así, entre José Arnulfo y Segundo Gerardo, su hermano, trataron de desarmar al agente, aprovechando su estado lamentable de embriaguez. En un forcejeo confuso el agente hizo uso del arma oficial, para luego, cuando el último de los mencionados le quitó el revólver y le disparó, salir huyendo.

Revela el acervo probatorio que la patrulla policial recuperó más tarde el arma de dotación, la que estaba en poder del hermano del occiso.

Los hechos que se dejan sintetizados fueron narrados por la señorita María Angélica Muñoz C. y le merecen credibilidad a la Sala. Pero, además de esto, sí se comprobó que el señor Arnulfo Cabrera, ya gravemente herido, había recibido trato inhumano y cruel por parte de los agentes (ver declaraciones a folios 124 y siguientes del cuaderno principal, de los señores Teófilo Clemente Pinza C. y Piedad del Carmen Moreno).

En síntesis, de lo probado se infiere que el hecho trágico se produjo por la concurrencia de dos fallas simultáneas, sin que pueda afirmarse la exclusividad de ellas. Ambas conductas graves y determinantes.

En eventos como el aquí estudiado, la Sala ha aceptado la compensación de las culpas para disminuir el alcance de la indemnización. Por esa razón aquí esa disminución será equivalente a un 30%, dada la gravedad de la conducta del occiso. Gravedad que, con todo, no alcanzó a constituir una causal exonerativa total de la responsabilidad del ente demandado.

No se incluye en esa compensación la intervención también culposa del hermano de la víctima, porque el hecho de tercero en lugar de producir el fenómeno compensatorio, produce un resultado diferente, así: o muestra que el tercero es el responsable exclusivo, rompiéndose así la relación de causalidad; o que también fue responsable, en concurrencia con el demandado, del hecho perjudicial.

Discrepa la parte recurrente de las pautas que el *a-quo* señaló para la fijación de los perjuicios materiales. En primer lugar, porque no sería posible determinar el ingreso del occiso con base en su declaración de renta, porque él no estaba obligado a presentarla. En segundo lugar, porque la prueba testimonial existente dentro del proceso permite demostrar el ingreso específico de la víctima, sin tener

los hechos por los cuales se reclama, estaban ingiriendo licor. Es de suponer que debido a esta circunstancia el proceder de ellos fue imprudente y temerario, como suele ocurrir en tales casos.

"Tiene pues razón la representante legal del Ministerio de Defensa cuando insiste en sostener, que existió, en el presente caso, la especial circunstancia de la conducta de la víctima que fue determinante en lo ocurrido, igualmente la intervención del tercero, agrediendo de palabras y físicamente al Policía.

"Haciendo la composición del lugar y considerando las distintas circunstancias, sobre la forma como se sucedieron los hechos, es más factible creer que existió imprudencia y hasta provocación por parte de los civiles hacia el Agente.

"Lo anterior no exonera de manera total la responsabilidad del Agente, y hay que reconocer la manera irresponsable de su proceder al dedicarse a ingerir licor estando uniformado y portando un arma oficial."

Por su lado, la parte demandada insiste en que el tribunal no tuvo en cuenta ni la culpa de la víctima ni la intervención de un tercero (el hermano de ésta). Apoya su argumentación en jurisprudencia de esta misma Sala, contenida en la sentencia de 22 de febrero de 1990 (Proceso 4271).

Para la Sala la sentencia será confirmada, pero con modificaciones, ya que sí se dio dentro del proceso la culpa de la víctima, pero no exclusiva o determinante del hecho perjudicial sino parcial o concurrente. Además, la determinación del daño emergente merece igualmente reparos.

La falla del servicio fue bastante bien estudiada por el *a-quo*. Por ese motivo sobra hacer otras lucubraciones a ese respecto. Se podría sí aclarar que el caso *sub-judice*, dadas sus especiales circunstancias, permitía la solución bien con apoyo en la tesis de la falla probada del servicio o bien con fundamento en la de la falla presunta.

La primera, porque se comprobó que la conducta irregular del agente (borracho, en establecimiento público, con el arma de dotación oficial y uniformado) muestra un mal funcionamiento del servicio público, puesto que en tales condiciones los agentes del orden no pueden ser garantía para la defensa de la vida, honra y bienes de las personas. Mala conducta probada también disciplinariamente y que le costó al agente homicida el retiro definitivo del servicio.

Si a lo demás se le suma que incumplió con el deber de entregar su arma de dotación oficial cuando terminó su turno, que con ella se produjo la tragedia, y que se dejó desarmar, en establecimiento de dudosa reputación por dos personas igualmente ebrias, no queda duda de esa responsabilidad.

Asimismo, esa responsabilidad pudo impetrarse con base en la falla presunta. Se comprobó bien que la tragedia se produjo con el arma de dotación oficial

y que ésta fue accionada por el agente público. Además, no se comprobó ninguna de las causales de exoneración señaladas para el establecimiento de la no res-ponsabilidad del ente público.

Se remite la Sala a lo sostenido en sentencias de julio 31 de 1989 (proceso 2852 Jorge Arturo Herrera) y de 25 de mayo de 1990 (proceso 5821 Marco A. López), que compendian los alcances, efectos y exculpaciones propios de la mencionada falla presunta.

Pero con esa falla del servicio concurrió la culpa de la víctima y aún el hecho de tercero. Así, entre José Arnulfo y Segundo Gerardo, su hermano, trataron de desarmar al agente, aprovechando su estado lamentable de embriaguez. En un forcejeo confuso el agente hizo uso del arma oficial, para luego, cuando el último de los mencionados le quitó el revólver y le disparó, salir huyendo.

Revela el acervo probatorio que la patrulla policial recuperó más tarde el arma de dotación, la que estaba en poder del hermano del occiso.

Los hechos que se dejan sintetizados fueron narrados por la señorita María Angélica Muñoz C. y le merecen credibilidad a la Sala. Pero, además de esto, sí se comprobó que el señor Arnulfo Cabrera, ya gravemente herido, había recibido trato inhumano y cruel por parte de los agentes (ver declaraciones a folios 124 y siguientes del cuaderno principal, de los señores Teófilo Clemente Pinza C. y Piedad del Carmen Moreno).

En síntesis, de lo probado se infiere que el hecho trágico se produjo por la concurrencia de dos fallas simultáneas, sin que pueda afirmarse la exclusividad de ellas. Ambas conductas graves y determinantes.

En eventos como el aquí estudiado, la Sala ha aceptado la compensación de las culpas para disminuir el alcance de la indemnización. Por esa razón aquí esa disminución será equivalente a un 30%, dada la gravedad de la conducta del occiso. Gravedad que, con todo, no alcanzó a constituir una causal exonerativa total de la responsabilidad del ente demandado.

No se incluye en esa compensación la intervención también culposa del hermano de la víctima, porque el hecho de tercero en lugar de producir el fenómeno compensatorio, produce un resultado diferente, así: o muestra que el tercero es el responsable exclusivo, rompiéndose así la relación de causalidad; o que también fue responsable, en concurrencia con el demandado, del hecho perjudicial.

Discrepa la parte recurrente de las pautas que el *a-quo* señaló para la fijación de los perjuicios materiales. En primer lugar, porque no sería posible determinar el ingreso del occiso con base en su declaración de renta, porque él no estaba obligado a presentarla. En segundo lugar, porque la prueba testimonial existente dentro del proceso permite demostrar el ingreso específico de la víctima, sin tener

que acudir al salario mínimo legal. Y en tercer lugar,porque la condena no debe ser en abstracto sino en concreto.

A este respecto la Sala anota:

Estudiadas las pautas señaladas por el *a-quo* estima la Sala que merecen comentario adicional y algunas precisiones, así:

a) Asiste la razón al tribunal cuando afirma que no se probó el ingreso que tenía el señor Arnulfo Cabrera en la época de su muerte. Los testimonios que figuran a folios 128 y siguientes no merecen plena credibilidad por ser simplemente de oídas (ver declaración de Gloria Amparo Arciniegas y Zoila Fidelia Rosero Escobar). Por esta razón deberá acreditarse el ingreso real que el occiso percibía como albañil, en esa localidad. Aquí deberá ampliarse la pauta señalada por el *a-quo* en el sentido de que este extremo podrá demostrarse por cualquier otro medio distinto al de la declaración de renta, si el señor Cabrera no la declaraba. En todo caso, de resultar insuficiente, como lo estiman los peritos, los que dictaminaron con base en el salario mínimo, deberá hacerse la liquidación con apoyo en éste.

b) Estima la Sala no valorable el dictámen pericial que evaluó el perjuicio, porque la determinación se hizo en forma simple y no con apoyo en las fórmulas de las matemáticas financieras, que son las aceptadas por la jurisprudencia reiterada de esta Corporación. Además, los peritos incumplieron el mandato legal, ya que debieron de liberar conjuntamente y rendir un solo dictámen. (artículo 237 del C. de P.C.).

c) Asiste la razón al tribunal cuando acepta que deberá pagarse lo que la familia sufragó como gastos médicos, hospitalarios, de transporte y de exequias. Pero aquí deberá demostrarse quién los efectuó y su cuantía.

d) Del ingreso mensual percibido por el señor Cabrera deberá descontarse el 25% que se presume gastaba en su propia subsistencia. El resto se distribuirá así: el 50% para la cónyuge supérstite y el otro, por partes iguales entre sus hijos menores. Se excluye de estos perjuicios a la hijastra por ser mayor de edad.

e) La indemnización por perjuicios materiales comprenderá dos períodos: el vencido o consolidado desde el 6 de abril de 1988 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia; y el futuro de esta fecha a la de la vida probable de la cónyuge o a la mayoridad de los hijos.

Como la condena se pide actualizada las fórmulas correspondientes a los períodos aludidos serán: a) $S = Ra \ \frac{(1+i)^{n-1}}{i}$; y b) $S = Ra \ \frac{(1+i)^{n-1}}{i\,(1+i)^{n}}$

En estas fórmulas, Ra saldrá de la siguiente: $Ra = R \ \frac{ind.f}{ind.i}$

o sea Ra = Renta actualizada
R = renta a la fecha de la muerte
ind.f o índice a la fecha de ejecutoria de la sentencia
ind.i o índice vigente al 6 de abril de 1988.

Se precisa que la liquidación de la condena deberá hacerse mediante el trámite incidental previsto en el artículo 137 del C. de P.C. y no por la vía que indicaba el artículo 308, norma que fue derogada por el Decreto 2282 de 1989. Incidente que deberá formularse dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo. Este término lo señala la Sala por permitirlo el artículo 119 del citado código de procedimiento civil, ante el vacío que se presenta en la ley. Se recuerda que la condena en abstracto sigue siendo procedente en el proceso administrativo, dado que el artículo 172 del C.C.A. no fue derogado por el Decreto 2282 antecitado.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 4 de diciembre de 1988 en sus ordinales primero, tercero y cuarto. Modifíquese en los siguientes ordinales, los que quedarán así:

Segundo.- Condénase a la mencionada entidad a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos colombianos de las siguientes cantidades en gramos oro, así: a MARIA LUZ PANTOJA MELO 500 gramos oro, a NADIA DEL TRANSITO, JOSELITO BOSCO, SANDRO FABIAN, JORGE GIOVANNY Y BETTY OMARI, de a 500 gramos para cada uno; a NHORY MIREYA PANTOJA 250 gramos. Se entiende esta condena ya con la rebaja del 50%.

Se adiciona el ordinal 3°, así: El trámite de liquidación de la condena en abstracto deberá cumplirse mediante el incidente regulado en el artículo 137 del C.de P.C. y deberá presentarse dentro del término de dos meses contados desde la ejecutoria de esta sentencia y con sujeción a las pautas indicadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 22 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta,*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LIQUIDACION DE CONDENA/ CONDENA EN ABSTRACTO

La liquidación de la condena deberá hacerse mediante el trámite incidental previsto en el artículo 137 del C.P.C. y no por la vía que indicaba el artículo 308, norma que fue derogada por el Decreto 2282/89; incidente que deberá formularse dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo (art. 119 del C.P.C.). La condena en abstracto sigue siendo procedente en el proceso administrativo.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA/ DEMANDA - Inadmisión. **RIFA/ ACCION DE REPARACION DIRECTA**

El asunto sometido a consideración de la jurisdicción, no es de conocimiento de la misma, por cuanto el hecho en sí materia del litigio se origina y tiene como causa el no pago del premio de una rifa, situación que involucra a los actores y a la sociedad mencionada, y no se observa en el proceso que la firma estuviera en desempeño de funciones administrativas.

La acción de reparación directa tiene por finalidad pedir al juez el resarcimiento de los perjuicios recibidos, sólo en cuanto la causa de los mismos sea un hecho o acto de la administración al que pueda atribuirse una falla del servicio que derive para el particular, derecho para que se le indemnicen los daños que por tal situación se le han ocasionado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., Primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Policarpo Castillo Davila.*

Referencia: Expediente No. 6311. Actor: Luis Humberto Herrada y O.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal lo. del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, contra el auto de fecha 6 de junio de 1990, proferido por esa Corporación, por el cual inadmitió la demanda presentada por Luis Humberto Herrada y César Tulio Quintero Esquivel contra el municipio de Vijes y la Sociedad Promociones Cali Bella y Compañía Limitada, por falta de jurisdicción.

Dice en lo pertinente el *a-quo*:

"En el presente caso no se enjuicia un acto adininistrativo ni tampoco un hecho público u operación administrativa, se pone de presente una controversia en la que nada tiene que ver la administración, razón por la cual esta jurisdicción no es la competente para conocer al tenor de lo dispuesto por los artículos 82 y 83 del Decreto 01 de 1984, situación que comporta la inadmisión de la demanda" (fl. 23).

"La Fiscalía Primera al impugnar el proveído, manifestó:

"El Ministerio Público considera, con su habitual respeto, que la presente demanda ha debido admitirse y abrir, así, el debate probatorio para poder concluir si la Administración Municipal de Vijes faltó al cumplimiento de sus deberes legales, ocasionándo con esa omisión lesiones patrimoniales a los demandantes para, consecuencialmente, condenar a la misma entidad territorial. Y es que el Código de Policía impone a las autoridades obligaciones, como en el presente caso, cuando de rifas se trata. Su obligación no se extingue con la concesión del permiso para realizarla; se prolonga hasta la entrega del o de los premios" (fl. 25).

Para resolver

SE CONSIDERA:

Según dan cuenta los autos y de acuerdo a lo narrado en la demanda, el hecho que genera la presente acción de Reparación Directa, ocurrió con motivo del no pago del premio proveniente de una rifa efectuada el 12 de diciembre de 1989, promovida por la sociedad Promociones Cali Bella y Compañía Ltda. y autorizada por la Alcaldía Municipal de Vijes.

El objeto y el control de los asuntos sometidos a conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, está consagrado en los artículos 82 y 83 del C.C.A., y de acuerdo al primero, está instituida "para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas".

De lo anterior puede deducirse claramente que el asunto sometido a consideración de la jurisdicción, en el presente caso, no es de conocimiento de la misma, por cuanto el hecho en sí materia del litigio se origina y tiene como causa el no pago del premio de una rifa, situación que involucra a los actores y a la sociedad mencionada, y no se observa en el proceso que la firma estuviera en desempeño de funciones administrativas, como lo requiere la norma antes citada.

La acción de Reparación Directa tiene por finalidad pedir al juez el resarcimiento de los perjuicios recibidos, pero conviene precisar, sólo en cuanto la causa de los mismos sea un hecho o un acto de la administración al que pueda atribuirse una falla del servicio que derive para el particular, derecho para que se le indemnicen los daños que por tal situación se le han ocasionado. No está pues, dentro de los presupuestos anteriores, el hecho que aquí se controvierte, por no ser la administración causante de los perjuicios alegados, ni puede deducirse falla del servicio u omisión de sus funciones, por el solo hecho de dar una autorización o permiso para el efecto de realizar una rifa, el cual por dispo-nerlo así la ley, le corresponde. Bajo el control de la jurisdicción contenciosa administrativa no caben tales situaciones, y es sabido que la jurisdicción, como función pública de administrar justicia, constituye presupuesto sustancial del proceso, sin el cual no puede iniciarse válidamente y cuya falta determina la nulidad de la actuación en caso de que esta se haya comenzado. No se trata entonces del aspecto atinente a la escogencia de la acción impetrada, sino de determinar previamente a la admisión de la demanda, si la controversia queda comprendida dentro del ámbito del Juez o Tribunal a que el actor ha acudido en solicitud de tutela de sus intereses. Por ello, la Sala considera que la decisión del *a-quo* estuvo ajustada a derecho al inadmitir el libelo presentado.

En consecuencia

SE RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

CONFLICTO DE JURISDICCION/ TRANSITO DE LEGISLACION/ OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES

El nuevo C.C.A. (Decreto 0l de 1984), trasladó a la justicia contencioso-administrativa los juicios iniciados por la ocupación permanente de inmuebles a raíz de trabajos públicos, incluyéndolos expresamente dentro de la acción de reparación directa y cumplimiento. Cuando se pierde la jurisdicción, una vez iniciado el trámite del proceso, por tránsito de legislación, se debe enviar de inmediato el negocio a quien sea competente conforme a la nueva ley, teniendo como válida la actuación seguida hasta el momento en que la nueva ley entra a regir.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., cuatro (4) de marzo de mil novecientos novena y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Policarpo Castillo Dávila.*

Referencia: Expediente No.5837. Actor: Miguel Angel Contreras.

Se procede a resolver sobre la competencia para continuar el trámite del proceso.

ANTECEDENTES

El 26 de julio de 1982, por intermedio de apoderado fue presentada demanda ante la jurisdicción ordinaria para que se declare responsable al Distrito Especial de Bogotá de los perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de una propiedad inmueble con motivo de trabajos públicos (fls. 1-11 C.1).

El 23 de septiembre de 1982, el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá admitió y ordenó su trámite como ordinario de mayor cuantía (fl. 14 C.1).

El primero de marzo de 1984 comenzó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo (D.L. 001 de 1984), que le otorga a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de los juicios por ocupación permanente de inmuebles por trabajos públicos.

El trámite del proceso continúa ante la justicia ordinaria hasta que la apoderada de la parte demandada solicita, el día 16 de octubre de 1986, que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del 1o. de marzo de 1984 por falta de jurisdicción. El Juzgado resuelve no declarar la nulidad alegada, por lo que se interpone contra ese auto el recurso de apelación (fls. 1-8 C.7).

Conoce el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá del recurso de apelación contra el auto del 26 de marzo de 1987 proferido por el Juzgado, donde se decide no declarar la nulidad propuesta, y resuelve revocarlo, ordenando la nulidad del proceso a partir del 1o. de marzo de 1984 y su envío al Consejo de Estado para que asuma su conocimiento (fl. 23 C.10).

El negocio se recibe en el Consejo de Estado el 16 de junio de 1989, al tiempo con una petición del apoderado del actor para que se provoque colisión negativa de competencia para la justicia contenciosa administrativa y se ordene que vuelva a conocer la ordinaria (fl. 193, 194, 196 C.1).

El Consejo de Estado, interpretando la petición del apoderado del actor como una proposición para que se suscite conflicto de jurisdicción, resuelve, declarar que esta Corporación no tiene competencia para continuar el trámite del proceso y remitir toda la actuación al Tribunal Disciplinario (fls. 197-216 C.1).

El Tribunal Disciplinario devuelve el proceso al Consejo de Estado, absteniéndose de emitir pronunciamiento por no haberse cumplido con el trámite del artículo 216 del Código Contencioso Administrativo (fls. 2-7 C.1 A).

CONSIDERACIONES

Antes de que entrara en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo (D.L. 001 de 1984), marzo 1o. de 1984, correspondía a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los procesos relativos a la reparación de daños por ocupación permanente de inmuebles a causa de trabajos públicos. El nuevo estatuto cambió la anterior situación, asignándole la competencia de esta clase de procesos a la justicia contenciosa administrativa, incluyéndolos expresamente dentro de la acción de reparación directa y cumplimiento (art. 86, inc., 2 C.C.A).

Cuando se pierde la jurisdicción, una vez iniciado el trámite del proceso, por tránsito de legislación, se debe enviar de inmediato el negocio a quien sea competente conforme a la nueva ley, para que éste siga conociendo del proceso, teniendo como válida la actuación seguida hasta el momento en que la nueva ley entra a regir.

En el presente caso, promovido como consecuencia de la ocupación permanente de un inmueble en virtud de trabajos públicos, las diligencias se comenzaron el 26 de julio de 1982 ante la justicia ordinaria, es decir, algo más de un año y medio antes de que entrara en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo. Tiempo durante el cual se presentó, se admitió y se contestó la demanda.

El Juzgado 26 Civil del Circuito, donde correspondió el proceso, no advirtió que hubo un cambio en la jurisdicción y que por tanto debía remitirlo a la justicia contenciosa administrativa para que ésta continuara su trámite. Por el contrario, mantuvo el conocimiento del proceso.

Así las cosas, el 16 de octubre de 1986 la apoderada de la parte demandada solicita ante el juzgado la nulidad del proceso por falta de jurisdicción, pero éste no accede a la solicitud. Se presenta entonces el recurso de apelación contra el auto que negó la nulidad, pasando el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

El Tribunal encuentra que la justicia ordinaria pierde la jurisdicción para conocer de los juicios por ocupación permanente de inmuebles por trabajos públicos, y que por lo tanto, toda la actuación seguida ante ella luego de haber perdido la jurisdicción en este tipo de negocios es nula. Por ésto revoca el auto apelado, declarando la nulidad de todo lo actuado desde el lo. de marzo de 1984 y ordena que sea enviado al Consejo de Estado.

El proceso llega al Consejo de Estado, donde el apoderado del actor solicita se provoque colisión negativa de competencia. La petición, formulada de una manera poco clara, es entendida como la proposición para que se suscite un conflicto de jurisdicción. Esto más el error de la Sala en el estudio del cambio de jurisdicción en razón al tránsito de legislación, condujo a que se enviara el proceso al Tribunal Disciplinario para que se decidiera el supuesto conflicto.

El Tribunal Disciplinario decidió no pronunciarse sobre el presunto conflicto de jurisdicción debido a que no se cumplieron los requisitos que exige el art. 216 del C.C.A., y devuelve el expediente al Consejo de Estado.

Los hechos muestran, en primer lugar, que el nuevo Código Contencioso Administrativo (D.L. 001 de 1984), trasladó a esa justicia la jurisdicción de los juicios iniciados por la ocupación permanente de inmuebles a raíz de trabajos públicos; segundo que este es uno de esos procesos; y tercero que para el momento en que entra en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo el proceso se encontraba en curso en la justicia ordinaria. Luego se completan, de ese modo, los supuestos de la alteración de la jurisdicción por tránsito de legislación. Y como se sabe que las leyes relativas a la jurisdicción son de inmediata aplicación a los procesos en trámite, debe concluirse que es ante la jurisdicción contenciosa administrativa donde debe prosegirse la tramitación del proceso desde el momento que entra a regir el D.L. 001 de 1984.

Con base en lo visto, se encuentra que hubo una equivocación en el auto proferido por esta Corporación el día 22 de febrero de 1990, porque es la justicia contenciosa administrativa y específicamente el Tribunal Administrativo de Cundinarnarca, debido a la naturaleza y cuantía del negocio, quien tiene la competencia, artículo 132 numera l0 C.C.A. Además, la materia sobre la cual debió haberse decidido en el mencionado auto y que correspondía a la situación fáctica presentada era la de cambio por tránsito de legislación y no la de conflicto de jurisdicción.

No sobra reiterar que las actuaciones surtidas ante la justicia ordinaria con anterioridad al lo. de marzo de 1984 son válidas debiéndose proseguir con el proceso desde donde quedó a ese momento, y nulas las que se surtieron en ella posteriormente.

Por tanto,

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que el asunto es del conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que continúe el trámite del proceso que contra el Distrito Especial de Bogotá propuso el Señor Miguel Angel Contreras.

SEGUNDO: En firme esta providencia remitase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Policarpo Castillo Dávila.

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia

No es posible sostener que las controversias de naturaleza contractual no pueden tener origen sino en contratos ya perfeccionados. Así como puede pedirse que se declare que el contrato ya perfeccionado es inválido, nulo o ineficaz, se puede solicitar al juez que declare que existió o no el contrato y que en caso afirmativo produjo determinados efectos que merecen su consideración. En el *sub lite*, si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato no se perfeccionó la acción no podía ser sino de reparación directa. Pero, interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban era la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en los propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos y omisiones de la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5825. -Indemnizaciones-. Actor: Sociedad Alberto Corredor y Cía.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la actora, contra la sentencia de fecha febrero 2 de 1989, proferida por el tribunal administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

Previa licitación privada, el gerente de la Lotería de Bogotá procedió a contratar con la sociedad Alberto Corredor y Cía. la promoción y venta de los

pisos 1, 2, 7 a 16 más 82 aparcaderos del edificio de propiedad de la mencionada empresa distrital, ubicado en la carrera 35 No. 26-66, obligándose a pagar esta última por concepto de comisión el 3% del valor de las ventas, o sea la cantidad aproximada de $9'291.090.13. Se obligaba además el ente público a mantener la exclusividad del comisionista por el término de duración del contrato.

La adjudicación del contrato fue comunicada al contratista mediante nota suscrita el 31 de mayo de 1983, por el gerente de la Lotería de Bogotá.

La sociedad contratista cumplió con todas las obligaciones a su cargo para el perfeccionamiento del contrato. No fue éste el comportamiento de la contratante, quien por conducto de su gerente, cinco dias después de contratar en forma exclusiva con la sociedad Alberto Corredor y Cía., inició conversaciones el 2 de agosto de 1983 con la Contraloría Distrital para venderle directamente 8 pisos del mismo edificio, previstos en el convenio ya firmado. Como disculpa a esta actitud la Lotería de Bogotá adujo que el contrato no se hallaba debidamente perfeccionado, señalando la falta de algunos requisitos que precisamente eran obligación de la propia Lotería y además, que el contrato no estaba debidamente aprobado por la junta directiva de la entidad.

El día 22 de agosto de 1983 la junta directiva de la Lotería aprobó una presunta negociación con la Contraloría Distrital, para la venta de ocho pisos por un valor de $140'000.000.oo. Posteriormente la misma junta directiva, según consta en acta No. 276 de 29 de septiembre de 1963 (sic), le negó la aprobación al contrato suscrito con Alberto Corredor y Cía., porque no se hacía necesario utilizar sus servicios.

El contrato con Alberto Corredor y Cía., fue aprobado por la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá según acta No. 267 del 26 de abril de 1983 y el convenio fue suscrito entre el 25 y el 27 de julio del mismo año, según investigación adelantada por la Contraloría Distrital.

El tribunal deniega las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos:

1. El contrato suscrito entre las partes fue de mandato comercial, regulado por los artículos 1262 y siguientes del C. de Co.

2. El contrato estaba sujeto a algunos requisitos para su perfeccionamiento y algunos de ellos no se surtieron; por lo tanto, de acuerdo con el artículo 1500 del C.C. no podía producir efecto alguno.

3. El contrato de mandato comercial es por naturaleza revocable, de acuerdo con el artículo 1279 del C. de Co.; y el hecho de pactarse honorarios a favor del contratista no configura una de las situaciones exceptivas contempladas en la norma citada. De otro lado, el pacto de exclusividad no tiene el sentido de una estipulación de irrevocabilidad, ya que no puede entenderse sino como una obligación mediante la cual la " entidad contratante, no podía, dentro del término de

duración del contrato, conferir un idéntico mandato a persona distinta, situación que no es materia de controversia". (folio 330 C.1).

El señor apoderado de los actores pretende que se revoque la sentencia apelada y que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, con los argumentos que a continuación se sintetizan:

1. El *a-quo* aceptó que la entidad se valiera de su propio incumplimiento para sustraerse a sus obligaciones, quebrantando el principio *"Nemo auditur propiam turpitudinem suam allegans"*. (folio 334 C.1).

2. No se entiende cómo si el tribunal afirma que no existió negocio jurídico, acepta que la Lotería podía revocarlo. No se puede revocar sino lo que ha nacido a la vida jurídica.

La señorita apoderada de la demandada solicita que la sentencia sea confirmada, con apoyo en lo siguiente:

1. El contrato celebrado entre la Lotería y Alberto Corredor y Cía. es solemne y por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1500 del C.C., en concordancia con los artículos 299 y 286 del código fiscal del Distrito Especial, no se perfeccionó ni podía producir efecto jurídico alguno.

2. Dentro del proceso no se probó que hubiera habido licitación privada.

3. No puede probarse que la administración de la Lotería y la Contraloría Distrital se coludieron para impedir el perfeccionamiento del contrato. Además, la Lotería no puede ser responsable de las actuaciones de la Contraloría, ya que según el artículo 519 del código fiscal del Distrito Especial aquella es un ente autónomo.

4. En forma curiosa la sociedad demandante cumplió con exceso de diligencia los requisitos tendientes al perfeccionamiento del contrato.

5. El demandante no ha sufrido ningún perjuicio real o por lo menos no lo ha probado.

La señora fiscal séptima solicita en su concepto de fondo se decida sobre las excepciones de inexistencia de la obligación y contrato no cumplido planteadas en la contestación de la demanda y sobre las cuales no hizo pronunciamiento alguno el *a-quo*.

Estima además que no hubo licitación privada, tal como se afirma en la demanda, y que por tanto las normas relativas a ella no pueden aplicarse al caso, por sustracción de materia.

En cuanto al perfeccionamiento del contrato considera que si la responsable fue la Contraloría debió demandarse a ésta y si hubo colusión entre ésta y la Lotería se debió haber demandado a los dos.

Por último establece que el pago de la indemnización sólo sería procedente si el contrato estuviera vigente.

SE CONSIDERA

En primer lugar precisará la Sala la competencia de esta jurisdicción para conocer el presente negocio y la acción procedente para desatar el litigio, ya que el tribunal parte de la base de un contrato ineficaz. Además por estar involucrada una empresa comercial del orden distrital en una controversia de esta índole, la competencia la tendría la jurisdicción ordinaria.

Es evidente que al "contrato 008 de 1983" que estaba en vía de perfeccionamiento, por haber sido suscrito por una empresa comercial del orden distrital y no tratarse de un convenio de empréstito ni de obras públicas, le eran aplicables las normas del derecho común. Sin embargo, como en él se incluyó la cláusula de caducidad (folio 135 vuelto C.1), de acuerdo con los artículos 131 y 132 numerales 8 del C.C.A., vigentes al momento de presentación de la demanda (10 de agosto de 1984, folio 12 C.1), la competencia para desatar la controversia propuesta la tenía y la tiene hoy la jurisdicción administrativa.

El artículo 87 del C.C.A. desde su versión original, mantenida en este por el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989, permite que se lleve a la jurisdicción administrativa, entre otras controversias, la de declaratoria de la existencia del contrato administrativo, interadministrativo o privado con cláusula de caducidad. Por esa razón no es posible sostener que las controversias de naturaleza contractual no puedan tener origen sino en contratos ya perfeccionados.

Lo normal era y es hoy que los litigios contractuales giren en torno al contrato ya perfeccionado, para exigir su cumplimiento, su terminación, su revisión o la responsabilidad de los contratistas.

Pero tal como quedaron los textos, así como se puede pedir que se declare que el contrato ya perfeccionado es inválido, nulo o ineficaz, se puede solicitar al juez que declare que existió o no el contrato y que en caso afirmativo produjo determinados efectos que merecen su consideración.

La doctrina desde hace mucho tiempo ha venido hablando de una diferenciación un tanto tajante en materia de responsabilidad entre la contractual y la extracontractual. Pero se observa hoy una tendencia orientada hacia la aplicación de principios comunes, en especial frente a casos que tienen notas o características de una y otra responsabilidad. Así, por ejemplo, si se suscribe el convenio administrativo por las partes y no llega a perfeccionarse el contrato por culpa de una de ellas, no podrá hablarse propiamente de la existencia de éste, pero no es posible desconocer que en dicha hipótesis se da algo más que un simple hecho, que constituye una relación jurídico-bilateral, un auténtico convenio creador de obligaciones. Será, entonces, se pregunta la Sala, más técnico hablar que el

incumplimiento de la parte que impidió el perfeccionamiento del contrato sea un simple hecho una mera conducta omisiva sin relación con el convenio, que compromete la responsabilidad extracontractual o directa de las partes?

No cree la Sala que esta sea la solución única y el presente asunto así lo demuestra. La conducta irregular de la administración no puede deslindarse del convenio jurídico que se celebró y su responsabilidad quedó en cierta forma marcada por dicho acuerdo que compendió el ajuste de las voluntades de las dos partes.

Si se acepta la posición ortodoxa, habría que concluir que como el contrato no se perfeccionó la acción no podía ser sino de reparación directa. Pero, interpretando la voluntad de las partes, lo que querían y buscaban con la celebración del contrato, puede sostenerse válidamente que el litigio encaja en los propiamente contractuales y no en las acciones de responsabilidad por hechos u omisiones de la administración.

Lo precedente permite afirmar que en el caso *sub-judice* al suscribir las partes la minuta del contrato de comisión (especie del género mandato comercial) luego de su adjudicación, nació a la vida jurídica un convenio de tipo comercial, sometido, en principio, a las reglas del derecho privado. Convenio que al suscribirse por las partes les impuso obligaciones de hacer (cumplir los requisitos de su perfeccionamiento) y cuyo incumplimiento comprometió la responsabilidad convencional de la parte incumplida frente a la que cumplió.

En la contratación pública, la suscripción del contrato administrativo luego de su adjudicación, crea obligaciones y derechos para las partes. Tan cierto es esto que el acto mismo de adjudicación ya notificado es irrevocable y hace responsable a las partes de su retractación. Y si lo es, con mayor razón lo será estando ya afirmado. Aquí, no es discrecional para las partes y menos para la administración decir que cumple o no cumple. Sólo razones de orden público podrían justificar su retractación y eso con indemnización de perjuicios. Y si por estas razones especiales cabe la indemnización (el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas la justifica), qué no podrá afirmarse cuando el negocio se frustra por el simple capricho de la administración?

Es lógico pensar que ese incumplimiento le da derecho al lucro cesante relativo a la pérdida de beneficios o ganancias ordinarias efectiva y realmente dejadas de obtener, por habérsele impedido la ejecución del contrato que no llegó a perfeccionarse.

La buena fe opera no solo cuando el contrato ya está perfeccionado. Ella debe campear durante toda la operación contractual. Muestra de esto, -los ejemplos abundan en la ley-, en el artículo 863 del C. de Co. que establece la responsabilidad de los futuros contratantes no actuan de buena fe.

La Corte Suprema a este respecto ha dicho:

"En este sentido se ha manifestado la doctrina de esta Corporación, cuando, siguiendo los lineamientos de la doctrina nacional y extranjera, ha señalado que "los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezadas a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes", ya que, de un lado, después del contrato sirven para "interpretar la verdadera intención de las partes", y, del otro, porque antes de la celebración del contrato, se ha admitido, con base en la sujeción a "unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o ligereza de su contraparte", que "una interrupción intempestiva de las negociaciones sin motivo justo *(culpa in contrahendo)* puede dar derecho a una indemnización por el daño que sea concurrencia de la defraudación de confianza en la rescisión de los tratos que venían realizándose (Sent. No. 233 del 18 de junio de 1989)."

Si en dicho convenio se pactó la cláusula de caducidad, la controversia aquí planteada no podía ser sino de esta jurisdicción.

Para la Sala no queda duda que en el *sub-lite* las partes se comprometieron a cumplir una serie de requisitos para el perfeccionamiento de un contrato de mandato comercial; de ello son pruebas inequívocas los siguientes documentos:

1. La propuesta de la firma Alberto Corredor y Cía. Ltda., mediante la cual, a solicitud de la Lotería de Bogotá, manifiesta el deseo de asumir la promoción y venta del edificio ubicado en la Avenida 26 No. 34-92.

2. La nota de 11 de mayo de 1983 (folio 76 C.1), según la cual el gerente de la Lotería de Bogotá comunica a la firma Alberto Corredor y Cía. que hecho "el estudio de las propuestas la Lotería lo ha seleccionado para contratar". Noticia que hizo irrevocable esa adjudicación.

3. La suscripción del mismo convenio por las partes (folios 79 a 84 C.1) que hizo nacer a cargo de estas obligaciones recíprocas, como eran la aportación de los documentos detallados en la cláusula décima cuarta del contrato (folio 83 C.1) por el contratista; y la obtención del registro y la refrendación del convenio, por la contratante. La sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., cumplió con todos sus compromisos, tal como lo demuestra los instrumentos de folios 85 a 92 del C.1. No se puede predicar lo mismo de la Lotería de Bogotá, quien a más de no actuar según lo pactado, comprometió a la citada empresa pública en una negociación con la Contraloría Distrital, desconociendo el compromiso adquirido con la hoy actora en el *sub-examine*.

Las anteriores afirmaciones encuentran respaldo probatorio en el estudio cronológico de los siguientes hechos:

1. El 14 de abril de 1983 la firma Alberto Corredor y Cía. Ltda., a solicitud de la Lotería de Bogotá, presenta propuesta para asumir la promoción y venta del edificio situado en la Avenida 26 No. 34-92 (folio 61 C.1).

2. El día 15 de abril de 1983 el Jefe de la Oficina Jurídica de la Lotería de Bogotá remite un estudio de la propuesta al gerente de dicha empresa en donde expresamente afirma que la firma Alberto Corredor y Cía. "ofrece mayores garantías para la Lotería de Bogotá". (folio 75 C.1).

3. En el acta No. 267 de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, en su reunión del 26 de abril de 1983, se deja la siguiente constancia: "Manifiesta el Doctor Hernando Segura que debido a los problemas presentados en la grabación de las Juntas pasadas, no fue posible, en el momento de la transcripción, establecer la autorización impartida por la Junta para la venta de la Torre del Edificio Sede de la Lotería.

"El doctor Carlos Cortés, informa que la Junta había autorizado al Gerente para contratar con una firma inmobiliaria la venta del edificio, pero que desafortunadamente, debido a fallas en el equipo de grabación, esto no quedó grabado, motivo por el cual solicita a la Honorable Junta Directiva, ratifique la autorización.

"...

"La Junta aprueba por unanimidad la contratación con una firma inmobiliaria, que se encargue de la venta de la torre del edificio de propiedad de la Lotería así como los apartamentos de Residencias Escocia". (folio 58 C.1).

4. El día 31 de mayo de 1983 el gerente de la Lotería comunica a la firma Alberto Corredor y Cía. Ltda., que ha sido seleccionada para contratar (folio 76 C.1).

5. Entre los días 25 y 27 de julio de 1983 se firma el contrato No. 008 entre la Lotería de Bogotá y Alberto Corredor y Cía. Ltda., cuyo objeto era "realizar la promoción y venta de los pisos 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 y ochenta y dos aparcaderos de propiedad de la Lotería de Bogotá, ubicados en la Carrera 35 No. 26-66..." (folio 79 C.1). La fecha de la firma del mencionado convenio no es exacta, ya que ella no aparece en su texto; por lo tanto, ha de tomarse como cierta "la de la investigación realizada por la Contraloría Distrital que obra a folios 133 C.1.

6. El día 4 de agosto de 1983, aproximadamente 10 días después de la firma del contrato, el contralor del distrito remite el oficio 01-1012-83 al gerente de la Lotería de Bogotá, en el cual le comunica que "finalizado el día de ayer, recibí su amable oferta de venta de espacio en la torre del edificio sede de la Lotería de Bogotá".

El anterior documento es prueba inequívoca que el representante legal de la Lotería de Bogotá no tenía intención de cumplir con las obligaciones pactadas en el convenio 008.

7. En el acta de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá fechada el 9 de agosto de 1983 se deja la siguiente constancia:

"El señor Alcalde hace referencia a la carta enviada por el señor Contralor al Doctor Segura, la cual trata de la compra del espacio en la Torre del Edificio sede de la Lotería de Bogotá. Propone se comisione al Doctor Segura y a él para hablar con el señor Contralor y estudiar la posibilidad de llegar a un acuerdo". (folio 40 C.1).

8. El 17 de agosto de 1983 el señor gerente de la Lotería de Bogotá, mediante oficio sin número, ofrece formalmente a la Contraloría Distrital la venta de los pisos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 situados en la torre de la empresa. Se anota que los mismos inmuebles habían quedado como objeto de venta y promoción por parte de la sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., en el contrato 008.

9. En el acta 273 de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá, de la reunión del 22 de agosto de 1983, se deja expresa constancia que aquella aprueba la negociación con la Contraloría Distrital. (folio 34 C.1).

10. El día 25 de agosto de 1983, según oficio ALB-Of. No. 534, la auditora fiscal devuelve a la Lotería de Bogotá, sin refrendar, el contrato No. 008/83, "en razón a que el objeto del contrato era la realización, promoción y venta de 13 pisos y 82 aparcaderos del edificio sede de la misma, ubicados en la carrera 35 No. 26-66 pero como la gerencia de la Lotería llevó a cabo la venta directa de ocho (8) pisos a la Contraloría del Distrito, éste se debe modificar en el sentido del número de pisos, aparcaderos y valor total". (folio 78 C.1).

11. El día 15 de septiembre de 1983 el gerente de la Lotería envía una carta al contratista en la cual le manifiesta que como el contrato 008 no ha sido perfeccionado, "ya que no se han cumplido las condiciones estipuladas en la cláusula 14 del mismo ni ha sido aprobado por la Junta Directiva de la Lotería", le solicita "abstenerse de iniciar labores". (folio 103 C.1).

Este documento es modelo de mala administración y demuestra a la Sala la mala fe con que obraron tanto la Lotería como la Contraloría Distrital, ya que en forma torcida se trata de insinuar que el contrato no se ha podido perfeccionar por el incumplimiento del contratista; afirmación que contradice abiertamente la realidad procesal; porque, como ya se dijo, la sociedad Alberto Corredor y Cía., cumplió a cabalidad con lo pactado.

12. En el mes de diciembre de 1983 se firma la promesa de compraventa entre la Lotería de Bogotá y el Distrito Especial -Contraloría de Bogotá- mediante el cual éste se obliga a comprar a "aquélla los pisos: Séptimo (7°), Octavo (8°), noveno (9°), Diez (10), once (11), Doce (12), Trece (13) y Catorce (14), con destino a la sede de la Contraloría de Bogotá, los cuales se encuentran ubicados en el Edificio de la Lotería de Bogotá construido en la Urbanización", Acevedo Tejada "denominado en la nomenclatura urbana de Bogotá con los números

Treinta y Cuatro Cuarenta y Uno (34-41) de la Avenida Veintiseis (26), y Ventiseis Cincuenta (26-50); Veintiseis Sesenta y Seis (26-66) de la Carrera Treinta y Cinco (35)". (folio 1 C.2).

De todo lo anterior se deduce claramente que la Lotería de Bogotá, en connivencia con la Contraloría, valiéndose de prácticas que riñen con el buen servicio público, incumplieron las obligaciones contraídas en el negocio jurídico que concluyó con la firma del contrato 008 de 1983; y, por lo tanto, de acuerdo con los artículos 861 y 863 del código de comercio debe responder patrimonialmente.

En relación con la excepción de inexistencia de obligación planteada por el señor apoderado de la demandada, no podrá prosperar de acuerdo con las argumentaciones planteadas anteriormente.

La excepción de incumplimiento de contrato planteada por la demandada tampoco podrá tener prosperidad porque, como ya se dijo, aunque el contrato 008 nunca llegó a perfeccionarse si nació a la vida jurídica un típico convenio comercial obligatorio para las partes.

Se anota además que a pesar de quedar demostrada plenamente la indebida actuación de la Contraloría Distrital, ésta no podía ser demandada. En primer lugar, porque no es persona jurídica y por lo tanto no puede comparecer al proceso sino a través del Distrito Especial; en segundo término, por cuanto no fue parte en el convenio.

Para determinar el monto de la indemnización a cargo de la Lotería de Bogotá, se tendrá en cuenta el valor de las comisiones que la sociedad demandante hubiese recibido si el contrato se hubiera ejecutado; es decir, la cantidad de $9'291.090.13 pactada en la cláusula segunda del contrato 008 (folio 25 C.1). La anterior cantidad se actualizará teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor suministrados por el Dane. Como fecha histórica para efectos de indexación se tomará la del 27 de julio de 1984, teniendo en cuenta que la cláusula sexta del mencionado convenio, preveía un plazo de un año para la venta de los apartamentos (folio 25 vto. C.1).

La actualización se hará, como lo manda el artículo 178 del C.C.A., teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor que certifique el Dane para los meses de julio de 1984 (índice inicial) y el mes anterior a la ejecutoria de este fallo (índice final). Para el efecto se aplicará la fórmula $Vp = vh \frac{ind.f}{ind.i}$; de donde Vp o Valor presente y actualizado; vh o valor histórico $ 9'291.090.13; ind.f o índice final; ind.i o índice inicial.

La condena se hará en concreto y con la respectiva cuenta de cobro se acompañarán los índices de rigor. Como lucro cesante se condenará al pago de intereses sobre el valor histórico desde el 27 de julio de 1984 hasta la ejecutoria

de la sentencia. La tasa será la del 6% anual, o sea la del interés técnico desprovisto de alcance correctivo, teniendo en cuenta de no liquidar intereses de intereses.

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. Revócase en todas sus partes la sentencia de fecha febrero 2 de 1989, proferida por el tribunal administrativo de Cundinamarca.

2. Declárase que la Lotería de Bogotá incumplió las obligaciones nacidas del convenio jurídico celebrado entre ella y la Sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., de acuerdo con la parte motiva de la presente providencia.

3. Condénase a la Lotería de Bogotá a pagar por concepto de indemnización a la Sociedad Alberto Corredor y Cía. Ltda., la cantidad de $9'291.090.13. Esta suma se actualizará con sujeción a lo dispuesto en la motivación. El valor histórico aquí indicado devengará intereses a la tasa del 6% anual (interés técnico) desde el 27 de julio de 1984 y hasta la ejecutoria de este fallo.

4. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. Se entiende esta condena en concreto.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y en firme regrese al tribunal de origen para su cumplimiento.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 28 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LEGITIMACION POR ACTIVA/ SUCESION/ COMUNERO

La Sala encuentra que los actores piden para sí, con olvido de que han debido hacerlo para la sucesión, como reiteradamente lo han predicado la doctrina y la jurisprudencia. Se registra una falta de legitimación en la causa por activa.

LEGITIMACION POR ACTIVA/ SUCESION/ COMUNIDAD - (Aclaración de voto)

En el presente caso no se trata de un problema de comunidad y por consiguiente de falta de legitimación en la causa, y aun en el caso de faltar ésta creo que la sentencia ha debido ser inhibitoria. No se trata de problema de comunidad porque las demandantes demandaron, para ellas y respecto de un bien (el valor de una parcela) que por razón de sucesión, liquidación y partición ya había entrado a su patrimonio; sólo que el avalúo y adjudicación se hizo en 1985 y el Incora giró los dineros correspondientes a los adjudicatarios en 1987.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., marzo siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expediente No. 6020. Actor: Lucelly Rodríguez de Montoya. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA-.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto

por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"La señora Lucelly Rodríguez de Montoya, actuando en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad Sandra Bibiana, Orlando Alexandro y Luisa Yorladis Montoya Rodríguez, asistida por mandatario judicial formula acción de reparación directa en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), está en la obligación de pagar a los señores Lucelly Rodríguez de Montoya, Sandra Bibiana, Orlando Alexandro y Luisa Yorladis Montoya Rodríguez, una vez ejecutoriada la sentencia, la suma de $4.864.947.oo, correspondiente a la corrección monetaria de $10.135.306.oo, o sea, el valor comercial de la parcela "Corralitos" del predio Loma Hermosa, situado en jurisdicción de los Municipios de San Jerónimo y Sopetrán, Departamento de Antioquia, en el período comprendido entre el mes de marzo de 1985 y el mes de enero de 1987, según depreciación monetaria certificada por el Banco de la República.

"2. Que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), está en la obligación de pagar a los citados la suma de $799.000.oo por concepto de intereses legales civiles a la tasa del 6% anual sobre $10'135.306.oo en el período comprendido entre el 11 de octubre de 1985, fecha de la sentencia aprobatoria de la partición de bienes de la sucesión del causante Orlando de Jesús Montoya Ospina, y el 3 de febrero de 1987, fecha en que el Incora giró los dineros de compra de la parcela por intermedio de la Caja Agraria de Medellín.

"3. Ordene que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"4. Ordene que las cantidades liquidadas que resulten luego de las operaciones indicadas en los ordinales 1 y 2, devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de este término (art. 177 C.C.A.).

"*En Subsidio:* Que se condene al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) a pagar a mis mandantes los perjuicios sufridos por concepto de daño emergente y lucro cesante, fijados con arreglo a la certificación que

para el efecto expida el Banco de la República con fundamento en la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, calculado con base en las cifras del índice de precios al consumidor para ingresos medios (empleados) en la ciudad de Medellín publicado por el DANE, y los intereses a la tasa legal civil".

HECHOS

"Como fundamento fáctico de sus pretensiones afirma lo siguiente:

"1. "...el Incora le adjudicó al señor Orlando de Jesús Montoya Ospina la unidad agrícola familiar denominada "Corralitos", que formó parte del predio de mayor extensión llamado "Loma Hermosa", situado en jurisdicción de los municipios de San Jerómino y Sopetrán, Departamento de Antioquia, según resolución No. 561 de 2 de diciembre de 1975, de la Gerencia Regional del Proyecto Antioquia, registrada en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos Seccional de Sopetrán, en el libro 1°, Tomo 1°, Folio 467, No. 637; matrícula de San Jerónimo, Tomo 1, Folio 46 año 1976 a este inmueble le corresponde actualmente el folio de matrícula inmobiliaria No. 029-0006682.

"2. "El señor Orlando de Jesús Montoya Ospina, adjudicatorio de la unidad agrícola familiar denominada "Corralitos", integrante del predio de mayor extensión llamado "Loma Hermosa", de los municipios de San Jerónimo y Sopetrán falleció el día 24 de septiembre de 1984 en el Municipio de San Jerónimo, según certificado que en copia auténtica aparece al folio 6 de los anexos.

"3. "De conformidad con lo dispuesto por el art.81 de la Ley de Reforma Social Agraria (antes de su modificación introducida por el art. 28 de la Ley 30 de 1988) y el reglamento general para la dotación de predios rurales que ingresan al Fondo Nacional Agrario (Acuerdo No. 020 de 1985 de la Junta Directiva del Incora), el Instituto adelantó la caducidad administrativa del contrato de adjudicación de tierras al Señor Orlando de Jesús Montoya Ospina, lo que se hizo por medio de la Resolución No. 1972 de 12 de diciembre de 1984 de la gerencia regional del proyecto Antioquia. Dentro de dicho trámite administrativo se determinó por peritos del cuerpo especial para la reforma agraria, del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", el valor comercial de la unidad agrícola familiar que ascendió a la suma de $10.149.000.oo, de conformidad con el informe respectivo de 21 de marzo de 1985 que obra a folio 20 a 22 y 44 a 46 de los anexos. A su vez la señora Lucelly Rodríguez de Montoya, cónyuge sobreviviente del Señor Orlando de Jesús Montoya Ospina, hizo entrega de la parcela al Incora el 6 de marzo de 1986, de acuerdo al acta respectiva visible a folios 52 a 56 de los anexos.

"4. "La cónyuge sobreviviente y los herederos del señor Orlando de Jesús Montoya Ospina procedieron a abrir el proceso de sucesión en el Juzgado

Civil del Circuito de Sopetrán, despacho judicial que una vez abierto y radicado el juicio le solicitó al Incora por intermedio de la Gerencia Regional del proyecto Antioquia, que depositara los dineros correspondientes al valor comercial de la parcela, a órdenes del juzgado y a favor de la sucesión, en la Caja Agraria sucursal de Sopetrán. Dicho requerimiento fue formulado por oficio 126 de 15 de agosto de 1985, cuya copia aparece al folio 43 de los anexos.

"5. "El proceso de sucesión del Señor Orlando de Jesús Montoya Ospina terminó con sentencia el 11 de octubre de 1985, aprobatoria del trabajo de liquidación, partición y adjudicación de los dineros correspondientes al valor comercial de la parcela, copia de la cual obra al folio 19 de los anexos.

"6. "A pesar de haberse realizado el avalúo de la unidad agrícola familiar el 21 de marzo de 1985, de haberse iniciado el proceso de sucesión en el mes de junio de 1985, de haber sido requerido el Incora por intermedio del Juzgado el 15 de agosto de 1985 para que depositara los dineros correspondientes al valor comercial del inmueble y de las muchas peticiones que en forma verbal y escrita le hicieron la cónyuge sobreviviente y el abogado que tramitó el proceso de sucesión, el Incora sólo giró los dineros correspondientes a la parcela el 3 de febrero de 1987, por intermedio de la Caja Agraria, según comprobante que obra al folio 72 de los anexos.

"7. "La suma de dinero pagada en definitiva por el Incora a la sucesión del señor Orlando de Jesús Montoya Ospina por concepto del valor comercial de la unidad agrícola familiar fue de $10'135.306.oo, pues del avalúo de $10'149.000.oo dado a la parcela por los expertos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", el Instituto descontó la cantidad de $13.694.oo por concepto de costo del avalúo de la parcela.

"8. "La demora voluntaria y a todas luces injusta por parte del Incora en pagar los dineros causó agravio grave contra el patrimonio económico de la cónyuge sobreviviente y los herederos del señor Orlando de Jesús Montoya Ospina, pues entre el lapso comprendido entre el mes de marzo de 1985, época del avalúo de la parcela, y el mes de enero de 1987, época de pago de los dineros, nuestro peso sufrió una depreciación del 32.36%, tal como consta en el informe que se adjunta expedido por el Banco de la República con base en las cifras del índice de precios al consumidor para ingresos medios (empleados) en la Ciudad de Medellín publicados por el DANE. Según el mismo documento, un peso de marzo de 1985 equivale a 1.48 pesos de enero de 1987.

"9. "Por la morosidad del Incora en depositar los dineros respectivos, la cónyuge sobreviviente y los herederos del señor Orlando de Jesús Montoya Ospina recibieron un pago incompleto por la perdida de la capacidad adquisitiva de nuestro signo monetario, situación que representa un daño emergente para dichas personas, y que de acuerdo con nuestra legislación debe

ser enmendado ordenándole a la entidad demandada que complete el pago en esa misma proporción para que la indemnización sea total y por consiguiente justa y equitativa.

"10. "Por otra parte, como en el presente caso se trataba de cancelar una suma de dinero, el simple retardo en su solución da lugar al cobro de intereses a título de lucro cesante, lo que se supone cuando hay mora en la obligación de pagar una suma de dinero, intereses que consideramos deben ser los de la tasa legal civil, es decir, el 6% anual según el art. 1617 del Código Civil. Para que haya la debida equidad, estos intereses deben liquidarse desde el día 11 de octubre de 1985, fecha en que fue aprobada la partición de bienes de la sucesión, por ser la sentencia el momento procesal en que los dineros debieron ser entregados a los beneficiarios, liquidación que debe ir hasta la fecha en que el Incora giró los dineros por intermedio de la Caja Agraria de Medellín, es decir, el 3 de febrero de 1987. En resumen, los intereses deben liquidarse del 11 de octubre de 1985 al 3 de febrero de 1987.

"11. "De acuerdo con la equidad y con nuestra legislación que garantiza el cumplido disfrute de los derechos adquiridos, y, además, con reiterada doctrina de nuestros tribunales, el Incora es responsable de todos los perjuicios aludidos que se han ocasionado por la tardanza, y debe indemnizarlos cumplidamente." (fls. 139-143)

"...

"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"1. Cuestión Previa: La excepción de caducidad.

"A través de este proceso se entabla acción de reparación directa en contra del Incora, por la tardanza en el pago del valor de una parcela que fue readquirida para ser aplicada nuevamente a los proyectos de reforma agraria que desarrolla ese instituto.

"El art. 86 del C.C.A. consagra que dicha acción puede entablarse con miras a obtener la reparación del daño, cuando la causa de la petición sea un hecho o un acto administrativo para cuya prueba haya grave dificultad.

"Por su parte, el art. 136 inc. 4° de la misma obra, señala que esa acción caduca "al vencimiento del plazo de dos años contados a partir de la producción del acto o hecho".

"Indudablemente aquí no se impugna ningún acto administrativo de difícil prueba, sino que por la demora de la Administración para cubrir el valor

delep cDhm (sic) readquirido, se pretende configurar su responsabilidad extracontractual y patrimonial.

"Así las cosas sólo puede decirse que se produce el daño alegado cuando se verifica el pago. Y éste será el momento inicial para ep cDhmmputo (sic) del plazo de caducidad.

"En el asunto *sub-judice*, el pago se verificó el 3 de febrero de 1987 (fl. 72 anexo) y la demanda se presentó el 16 de junio de 1988 (fl. 92 vto.), lo cual significa que fue presentada oportunamente.

"No prospera la excepción.

"2. La cuestión de fondo: La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

"La responsabilidad patrimonial de la Administración, tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia nacional, se configura a partir de los siguientes elementos:

"a) Una falta o falla del servicio, por acción o por omisión. Como modalidades de esa falta, Duez ha señalado las siguientes:

"-El servicio ha funcionado mal.

"-El servicio no ha funcionado.

"-El servicio ha funcionado pero en forma tardía, inadecuada o insuficiente.

"La falta o falla de que se trata no es la personal del funcionario o agente administrativo, sino la del servicio, entendido como actividad por lo cual aquélla puede revestir el carácter de anónima.

"b) La producción de un daño que debe ser cierto y determinado o determinable y,

"c) Una relación de causalidad entre la falla de la Administración y el daño, esto es, que el daño sea imputable a la deficiencia del servicio.

"Es necesario examinar, aplicados estos razonamientos, si en el presente caso se dan cada uno de estos elementos para concluir o no con un juicio de responsabilidad en contra del ente demandado.

"2.1. El señor Orlando de Jesús Montoya Ospina, quien había sido adjudicatario de la unidad agrícola familiar denominada "Corralitos", que formó parte del predio de mayor extensión denominado "Loma Hermosa", situado en jurisdicción de los municipios de San Jerónimo y Sopetrán (Ant.), falleció el 24 de septiembre de 1984 (fl. 6 anexo).

"2.2. Conocida esta circunstancia y con fundamento en el art. 81, num. 4°, inc. 3° de la Ley 135 de 1961, que fuera modificado por el art. 34 de la Ley 4a. de 1973 que señala "en caso de caducidad por fallecimiento del propietario, el Instituto consignará el valor correspondiente al avalúo comercial de la parcela, ante el juez de la causa, a favor de la sucesión del fallecido y adjudicará la unidad agrícola familiar preferencialmente al heredero, cónyuge supérstite o compañero permanente, que reuna las condiciones para ser adjudicatario, exigidas por la presente ley y los reglamentos a que se refiere este artículo...", el Incora inició el procedimiento administrativo correspondiente para la declaratoria de caducidad de la adjudicación No. 561 de 1975, por auto del 9 de noviembre de 1984, y allí se dispuso (fl. 38): "2°. Ordénase la práctica de las siguientes diligencias:

"a) El avalúo comercial de la parcela "Corralitos" y demás derechos adjudicados en el predio "Loma Hermosa", al señor Orlando Montoya Ospina.

"b) Recibir del cónyuge sobreviviente y de los herederos, la parcela "Corralitos" y demás derechos adjudicados al señor Orlando Montoya Ospina.

"c) Expedir la resolución de caducidad administrativa y hacer la notificación de ella en la forma prevista en los artículos 44 y siguientes del Decreto 01 de 1984.

"3°. Cumplido lo anterior, continuar el trámite respectivo hasta su terminación.

"2.2.1. Mediante Resolución No. 1972 del 2 de diciembre de 1984, se declaró la caducidad de la adjudicación por muerte del adjudicatario, se ordenó consignar el valor correspendiente al avalúo comercial de las parcelas ante el juez de la sucesión, se exigió a los herederos la entrega de los predios, se dijo que una vez en firme la providencia debía inscribirse en el correspondiente folio de la oficina de registro de instrumentos públicos y cancelarse el registro de la declaración de adjudicación, se ordenó notificar la resolución en forma personal a los herederos, cónyuge sobreviviente o compañera permanente del señor Orlando Montoya Ospina, en la forma prevista por el art. 44 del Decreto 01 de 1984, o por edicto en la forma y términos señalados en el art. 45 del mismo decreto. Por último se dijo que, contra esa resolución, en la vía gubernativa sólo procedía el recurso de reposición dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto, según lo establece el art. 51 del Decreto 0l de 1984 (fl. 39 y 40).

"2.2.2. De acuerdo con las constancias que aparecen en el expediente administrativo, desde ese mismo instante el Gerente Regional del Incora solicitó a la Subgerencia Jurídica que gestionara ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi la práctica del avalúo comercial de la parcela, el cual se cumplió el 21 de marzo de 1985 (fl. 44 y ss.) en $l0'149.000.oo.

"2.2.3. La parcela fue recibida por el Incora el 6 de marzo de 1986, según acta que obra a folios 52 del expediente.

"2.2.4. El 9 de enero de 1986, le fue notificado personalmente a la señora Lucelly Rodríguez Montoya, la resolución de caducidad, "en su calidad de cónyuge sobreviviente". Hay una nota que dice "se deja constancia de que la señora Lucelly Rodríguez Montoya viuda de Montoya se notifica en su propio nombre y en la de los hijos menores Sandra Bibiana Montoya Rodríguez, Orlando Alexandro Montoya Rodríguez y Luisa Yorladis Montoya Rodríguez". Lo cual significa que la resolución 1972 del 12 de diciembre de 1984, quedó ejecutoriada el 16 de enero del mismo año.

"2.3. De acuerdo con la solicitud formulada por el Juez Civil del Circuito de Sopetrán (Ant.) para que el Incora consignara el valor del avalúo comercial de la parcela, la sucesión del Señor Orlando de Jesús Montoya Ospina se abrió el 13 de agosto de 1985 (fl.43).

"2.4. Por auto del 7 de marzo de 1986, y en vista de que el avalúo de la parcela excedía de $2'000.000.oo límite hasta el cual estaba autorizada la oficina regional, se remitió el expediente administrativo a las oficinas centrales en Bogotá (fl. 57).

"2.5. Mediante resolución del 15 de septiembre de 1986, el Gerente General del Incora autorizó al Gerente Regional de Antioquia para que depositara ante el juzgado respectivo y a favor de la sucesión de Orlando Montoya Ospina, la suma de $10'149.000.oo, suma ésta que fue consignada el 3 de febrero de 1987, a órdenes del Juzgado Civil del Circuito de Sopetrán (Ant.), previa deducción de un crédito por $13.694.oo, costo del avalúo de la parcela.

"La Sala se ha visto obligada a realizar esta prolija descripción de la actuación administrativa cumplida por el Incora, porque sólo así se puede determinar si esta entidad fue morosa o lo que es lo mismo, incurrió en falla del servicio por retardo en el pago del precio de la parcela readquirida y en consecuencia, debe reparar el perjuicio causado.

"En estricto sentido no existe un procedimiento que señale los distintos trámites administrativos a seguir por el Incora para declarar la caducidad y readquirir los predios que hubiere adjudicado, cuando fallece su beneficiario.

"Algunas pautas para este trámite se encontraban en el Decreto 2746 de 1975, aprobatorio del acuerdo 11 del mismo año, expedido por la Junta Directiva del Incora.

"Posteriormente el Acuerdo 20 de 1985 de la Junta Directiva del Incora, fijó el reglamento general para la dotación de predios rurales que ingresen al fondo nacional agrario. Allí se establece en el art. 41 que la resolución

de caducidad debe notificarse personalmente o por edicto, de conformidad con los artículos 44 y 45 del C.C.A., que contra esa providencia sólo cabe el recurso de reposición, que una vez en firme debe inscribirse en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva. Y el parágrafo de esa norma expresa: "El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria podrá iniciar y concluir de plano los trámites administrativos de caducidad cuando se trate de muerte del beneficiario, caso en el cual deberá aportarse a las diligencias, copia auténtica del registro civil de defunción".

"Sabido es que el procedimiento regulado por el decreto Ley 01 de 1984, en su parte primera, a la vez que pretende aplicarse a todas las autoridades administrativas con una clara tendencia a la unidad, tienen carácter supletivo con respecto a los procedimientos especiales, en cuanto sus normas que sean compatibles, se aplican en lo no previsto. (art.1°).

"El art. 3° define los principios orientadores de la actuación administrativa que había señalado el art. 2° de la Ley 58 de 1982 y que sirven para resolver las cuestiones que pueden suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento. Así, con respecto a los principios de economía y celeridad expresa: "En virtud del principio de economía se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelante en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal si no cuando la ley lo ordene en forma expresa.

"En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ella lo hagan posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

"El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario".

"Es claro que se quieren decisiones rápidas y que los asuntos no se retarden injustificadamente, bien entendido que las funciones públicas deben tener en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley. (art. 3°, Ley 58 de 1982; art. 2° C.C.A).

"Ahora bien, si el fundamento para reincorporar los bienes adjudicados al Incora lo constituye la resolución de caducidad administrativa, es lógico que hasta tanto ésta no se encuentre en firme o ejecutoriada, no puede cumplirse.

"2.6. Nuestra legislación, en principio, acoge el criterio nominalista en virtud del cual un peso siempre es un peso, independientemente de las modificaciones que en su valor intrínseco hubiese sufrido en razón de la devaluación o de la inflación. Así, al referirse al contrato de mutuo o préstamo de consumo, el art. 2224 del C.C. señala que "si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato", sin perjuicio de convención en contrario, lo que podría interpretarse como la posibilidad de que las partes, en ejercicio de la autonomía contractual, puedan pactar cláusulas de estabilización, tendientes a salvaguardar el poder adquisitivo del dinero.

"La doctrina, por su parte, considera desvirtuado el criterio nominalista por el ordinal 2° del art. 1617 del C.C., cuando preceptúa que "El acreedor tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, basta el hecho del retardo". Lo cual significa, contrario-sensu, que se pueden demandar otros perjuicios, evento en el cual corresponderá al acreedor demostrar la existencia del daño.

"Sea de ello lo que fuere, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y la legislación, con miras a atenuar los rigores del nominalismo, han admitido la revaluación o reajuste judicial de las obligaciones, a efecto de mantener su equilibrio y reciprocidad. (Entre otras, sentencia del Consejo de Estado del 13 de febrero de 1978, sobre indemnización del daño moral -1.000 gramos de oro-; sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 30 de marzo de 1984, citada por los demandantes y art. 178 del C.C.A.).

"2.7. La resolución No. 561 del 2 de diciembre de 1975, por medio de la cual se adjudicó el predio al Señor Orlando Montoya Ospina, en su art. 7° expresa: "cuando por razón de caducidad o acuerdo entre las partes el Instituto deba recobrar el dominio de lo adjudicado, se observarán las normas contenidas en la Ley 135 de 1961 y en el Reglamento de Dotación de Tierras que el adjudicatario declara conocer y al cual se sujeta desde ahora".

"La Ley 135 de 1961 facultó a la Junta Directiva del Incora para expedir reglamentos en lo relativo a los bienes que se requieren para los programas de reforma agraria. Así, el Acuerdo 20 de 1985 mencionado antes y citado por el demandante, en su art. 43 repite lo dispuesto por el inciso 3°, numeral 4° del art. 81 de la Ley 135 de 1961, modificado por el art. 34 de la Ley 4a. de 1973, según el cual el Instituto debe *pagar* el valor comercial de la parcela en caso de caducidad por muerte del adjudicatario, consignando ese valor ante el juez de la causa y a favor de la sucesión del fallecido.

"Por su parte el art. 46 señala:"Cuando por retiro voluntario o caducidad por motivos diferentes a la muerte del beneficiario el Instituto deba recobrar la parcela, el pago de ésta o de la cuota parte adjudicada o asignada, lo

mismo que el de las mejoras e interés social, se hará de acuerdo a la siguiente tabla y plazos de desembolsos:

"a) La totalidad de su valor, si éste no sobrepasa de CIEN MIL PESOS ($100.000.oo), dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de la presentación de la respectiva cuenta de cobro, debidamente legalizada.

"b) Cuando sea superior a CIEN MIL PESOS. ($100.000.oo) sin pasar de TRECIENTOS MIL (300.000.oo) se cancelará un primer contado de CIEN MIL PESOS ($100.000.oo) dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la cuenta de cobro debidamente legalizada y el saldo dentro de los seis (6) meses siguientes.

"c) Si es superior a TRESCIENTOS MIL PESOS ($300.000.oo), se cancelará un primer contado de CIEN MIL PESOS ($100.000.oo) dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la cuenta de cobro debidamente legalizada; un segundo contado de DOSCIENTOS MIL PESOS ($200.000.oo) dentro del año siguiente a la cancelación del primer contado y el saldo dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha del pago del contado anterior.

"PARAGRAFO: Los saldos pendientes devengarán interés del cuatro por ciento (4%) anual".

"Y el art. 67, ubicado en el capítulo XIII -Disposiciones Generales- consagra que "los *pagos* a que se obligue el Instituto en aplicación de este reglamento, se efectuarán de conformidad con el art. 46 del presente acuerdo". (Se subraya).

"Es decir, que si bien el art. 46 al señalar la forma de pago de los predios readquiridos por el Incora, en principio parece excluir aquéllos que lo son por declaratoria de caducidad en razón de la suerte del adjudicatario, el art. 67 los incluye en cuanto consagra una regla general para todo tipo de pago que deba realizar el Instituto en aplicación del Acuerdo No. 020 de 1985.

"Esa norma jurídica por ser de alcance nacional -rige por todo el territorio de la nación-, no requiere ser probada en cada proceso, de conformidad con los artículos 188 del C. de P. C. y 141 de C.C.A. Por lo demás, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y nadie ha puesto en duda su validez.

"Lo anterior significa que si el pago puede ser diferido en el tiempo, se paga por cuotas o instalamentos y se reconoce el interés allí establecido, no hay lugar al reajuste o actualización del avalúo comercial a la fecha del pago como se pretende en la demanda.

"En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Niegánse las súplicas de la demanda. (fls. 145-154).

- II -
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 160 y siguientes del cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual argumenta dentro del siguiente temperamento:

"RAZONES DE SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION

"TRAMITE DE LAS CADUCIDADES

"Sea lo primero manifestar que no es cierto, como se dice en la sentencia (págs. 11 a 13), que no existe un procedimiento que señale los distintos trámites administrativos a seguir por el Incora para declarar la caducidad y readquirir los predios que hubiere adjudicado, cuando fallece su beneficiario.

"El procedimiento de las caducidades de los contratos de asignación, adjudicación o comodato por violación de los mismos, muerte del beneficiario, incapacidad física o mental y liquidación de la empresa comunitaria, está previsto en el capítulo VIII, arts. 40 y 41 del Acuerdo No. 020 de 1985, y las prestaciones mutuas derivadas de la caducidad están reguladas en el capítulo IX, arts. 42 a 46 (hoy capítulos IX y X, arts. 39 a 44 del Acuerdo No. 05 de 1989). Allí se enumera taxativamente las causales, se asigna la competencia en los Gerentes Regionales, las diligencias previas que se deben realizar, las conclusiones obtenidas, la forma como ellas deben ser conocidas por el interesado, el término para que éste haga los descargos y solicite las pruebas que estime pertinentes y el término para practicar las pruebas. Practicadas las pruebas o vencido el término de traslado de cargos, se someterán las diligencias a la consideración del Comité de Selección para su concepto. Concluido lo anterior, si hubiere lugar a ello, se expedirá por la Gerencia Regional la resolución de caducidad administrativa, o se ordenará el archivo de las diligencias. La resolución se notificará personalmente o por edicto de conformidad con lo dispuesto en los arts. 44 y 45 del C.C.A., dejando expresa constancia en la notificación, de que contra la providencia sólo cabe el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días siguientes. Que para resolver el recurso es necesario el concepto del Comité de Selección, previa verificación de los hechos controvertidos, para lo cual el Ge-

rente Regional comisionará un funcionario quien rendirá el informe en el término de diez (10) días a partir de la aceptación del recurso.

"El parágrafo del art. 41 establece que el Incora podrá iniciar y concluir de plano los trámites administrativos de caducidad cuando se trate de la muerte del beneficiario, caso en el cual deberá aportarse a las diligencias, copia auténtica del registro civil de defunción. Quiere significar lo anterior, que cuando la caducidad sea por la muerte del beneficiario sólo se requiere el registro civil de defunción para producir el acto administrativo.

"La resolución de caducidad debe contener la declaración en tal sentido, el reconocimiento de las prestaciones mutuas previstas en el capítulo IX, según el caso, la cancelación del registro del contrato de adjudicación en la correspondiente oficina, la forma de notificación y los recursos que proceden por la vía gubernativa.

"Es cierto que para cumplir las diligencias que se ordenan en la providencia de caducidad no existen términos, pero su desarrollo queda cobijado por las normas y principios establecidos en la parte primera del Decreto 01 de 1984.

"MOROSIDAD DEL INCORA EN EL PAGO DE LOS DINEROS

"Se pretende justificar a todo lo largo de la sentencia, incluyendo el concepto de la Fiscalía, que el Incora no incurrió en morosidad para el pago de los dineros correspondientes al valor de recompra de la parcela adjudicada a Orlando Montoya Ospina. Para demostrar lo contrario veamos el desenvolvimiento de la caducidad y de las diligencias posteriores:

"Septiembre 24 de 1984: Fallecimiento del adjudicatario.

"Diciembre 12 de 1984: Resolución No. 1972 por medio de la cual se declaró la caducidad de la adjudicación, por causa de muerte.

"Enero 09 de 1985: Notificación de la resolución de caducidad a la señora Lucelly Rodríguez en su calidad de cónyuge sobreviviente y representante legal de sus hijos menores de edad.

"Marzo 21 de 1985: Realizado el avalúo administrativo de la parcela por peritos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi".

"Julio 02 de 1985: Se declara abierto y radicado el proceso de sucesión en el Juzgado Civil del Circuito de Sopetrán.

"Agosto 15 de 1985: Requerido el Incora por el Juzgado Civil del Circuito de Sopetrán para que deposite los dineros correspondientes al valor de recompra de la unidad agrícola familiar.

"Octubre 11 de 1985: Proferida la sentencia aprobatoria del trabajo de partición de los bienes de la sucesión.

"Febrero 03 de 1987: Incora giró los dineros por intermedio de la Caja Agraria de Medellín, al Juzgado Civil del Circuito de Sopetrán para que fueran entregados a los interesados en la sucesión de Orlando de Jesús Montoya Ospina.

"Considero que sí hubo morosidad por parte del Incora en el trámite de caducidad, pues las diligencias duraron 28 meses desde la muerte del beneficiario hasta el momento en que fueron cancelados los dineros correspondientes al valor de recompra de la unidad agrícola familiar y transcurrieron 22 meses desde la fecha del avalúo del inmueble hasta la cancelación de su importe.

"DAÑO CAUSADO POR LA MOROSIDAD O SIMPLE PASO DE TIEMPO

"Está demostrado en el proceso con certificados o informes del Banco de la República, que entre el mes de marzo de 1985, época de la realización del avalúo de la parcela, y el mes de enero de 1987, época en que tuvo lugar el pago de los dineros por parte del Incora, nuestra moneda sufrió una pérdida de poder adquisitivo equivalente al 32.36%, o lo que es lo mismo, que un peso de marzo de 1985 equivale a 1.48 pesos de enero de 1987.

"Así que no es justo que se condene a los herederos de un adjudicatario de tierras del Incora a recibir dinero depreciado en un porcentaje tan elevado cuando ellos no han tenido ninguna culpa, pues la pérdida del poder adquisitivo de nuestro signo monetario se opera por el simple paso del tiempo y siempre en forma progresiva afectando todos los campos de la economía y a todas las clases sociales, quizás con más violencia o ímpetu a las más débiles económicamente.

"La pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda es un fenómeno de tan alarmantes efectos que el legislador ha tenido que buscarle solución mediante la incorporación del valor real de las obligaciones dinerarias en el momento de su pago, es decir, lo que se denomina como corrección monetaria. Esta solución al envilecimiento del peso colombiano fue incorporada a la Ley de Reforma Social Agraria por intermedio del artículo 28 de la Ley 30 de 1988, que modificó el artículo 81 de la Ley 135 de 1961, al establecer que cuando el Incora tenga que declarar la caducidad de la adjudicación por incumplimiento por parte de los adjudicatarios de las disposiciones legales, de sus reglamentos o de las cláusulas contenidas en la resolución de adjudicación, podrá exigir inmediatamente la entrega de la parcela, *reintegrando lo que se hubiere abonado por el deudor al capital de la deuda, reajustado a su valor presente en pesos constantes.*

"Desvirtuado como está el criterio nominalista según el cual un peso siempre es un peso, de acuerdo a lo expuesto en la sentencia (págs. 13 y 14), se impone la revaluación o reajuste judicial de la obligación a cargo de la entidad demandada, a efecto de establecer el equilibrio y reciprocidad entre las partes.

"INTERPRETACION ERRONEA DE NORMAS DEL REGLAMENTO DE DOTACION DE TIERRAS.

"La sentencia se refiere en las páginas 14 y 15 al reglamento de Dotación de Tierras del Incora, es decir, al Acuerdo No. 020 de 1985 de la Junta Directiva, vigente en la época en que se tramitó la caducidad del contrato de adjudicación de tierras al señor Orlando Montoya Ospina. Se citan y se analizan los artículos 43, 46 y 67 cuyos textos son:

"ART. 43.- En caso de caducidad por muerte del adjudicatario o asignatario, el Instituto reconocerá el valor comercial de la parcela, cuota parte o mejoras, según el caso, determinado por peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, lo consignará ante el Juez de la causa a favor de la sucesión del fallecido y adjudicará la Unidad Agrícola Familiar o cuota parte al heredero, cónyuge supérstite o compañera permanente que reúna las condiciones para ser adjudicatario".

"ART. 46.- Cuando por retiro voluntario o *caducidad por motivos diferentes a la muerte del beneficiario el Instituto deba recobrar la parcela,* el pago de esta o de la cuota parte asignada o adjudicada, lo mismo que el de las mejoras e interés social, se hará de acuerdo a las siguiente tabla y plazos de desembolsos:

...

...

"PARAGRAFO.- Los saldos pendientes devengarán interés del cuatro por ciento (4%) anual". (Subrayamos).

"ART. 67.- Los pagos a que se obligue el Instituto en aplicación de este reglamento, *se efectuarán de conformidad con el artículo 46 del presente Acuerdo"* (Subrayamos).

"La sentencia interpreta erróneamente las anteriores normas cuando dice (fls. 15 y 16):

"Es decir, que si bien el art. 46 al señalar la forma de pago de los predios readquiridos por el Incora, *en principio parece excluir aquéllos que lo son por declaratoria de caducidad en razón de la muerte del adjudicatario, el art. 67 los incluye en cuanto consagra una regla general para todo tipo de*

pago que deba realizar el Instituto en aplicación del Acuerdo No. 020 de 1985.

"Esa norma jurídica por ser de alcance nacional -rige por todo el territorio de la Nación-, no requiere ser probada en cada proceso, de conformidad con los artículos 188 del C. de P. C. y 141 del C.C.A. Por lo demás, se encuentra revestida de la presunción de legalidad y nadie ha puesto en duda su validez.

"Lo anterior significa que si el pago puede diferido en el tiempo, se paga por cuotas o instamentos y se reconoce el interés allí establecido, no hay lugar al reajuste o actualización del avalúo comercial a la fecha del pago como se pretende en la demanda". (Subrayamos).

"No es que en principio el art. 46 parece excluir de la forma de pago allí establecida los predios readquiridos por el Incora por declaratoria de caducidad originada en la muerte del adjudicatario, sino que efectivamente los excluye cuando establece: "Cuando por retiro voluntario o caducidad por motivos diferentes a la muerte del beneficiario..." (Subrayas fuera del texto). Quiere decir la norma que cuando el retiro es voluntario o la caducidad es por motivos diferentes a la muerte del beneficiario los pagos que haga el Incora se sujetan a la tabla y plazos allí establecidos. El artículo 67 no hace otra cosa que ratificar el contenido del artículo 46 en cuanto a los pagos a que se obligue el Instituto en aplicación del reglamento mencionado.

"Así que los pagos que hacía el Incora por la readquisición de predios cuando ocurría el fallecimiento de los adjudicatarios bajo la vigencia del Acuerdo No. 020 de 1985, se llevaban a cabo en la forma establecida en el artículo 43, es decir, de contado por consignación ante el Juez de la causa a favor de la sucesión del fallecido, norma que era una reproducción del inciso 3° del numeral 4 del artículo 81 de la Ley 135 de 1961 antes de ser modificado por el artículo 28 de la Ley 30 de 1988.

"PETICION

"Por lo expuesto, con el debido respeto solicito a los Honorables Consejeros se sirvan revocar la providencia recurrida y en su lugar acoger las súplicas de la demanda".

- III -
CONDUCTA PROCESAL DEL APODERADO DEL CENTRO DE IMPUTACION JURIDICA DEMANDADO

Dentro del término que le brindó la ley, el mandatario judicial del INCORA alegó de conclusión, para exponer, en lo pertinente, lo siguiente:

"La providencia recurrida debe mantenerse inmodificable por cuanto la misma se produjo con estricta observancia de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables al asunto controvertido.

"Para apuntalar este aserto no es necesario acudir a ingentes esfuerzos interpretativos para concluir que las peticiones de la demanda se edifican sobre bases asaz deleznables, esta aseveración nace a partir del examen de las normas tanto legales como de carácter reglamentario aplicables al caso *sub-judice,* en efecto, de conformidad con los artículos 43 del Acuerdo de Junta Directiva del Instituto del 24 de julio de 1985, y 81, inciso 3°, numeral 4° de la Ley 135 de 1961, el INCORA, en caso de caducidad por fallecimiento del adjudicatario de una Unidad Agrícola Familiar, reconocerá el valor comercial de la parcela, cuota parte o mejoras, según el caso, consignado dicho valor ante el Juez de la causa a favor de la sucesión del fallecido. Pero este reconocimiento no opera de manera automática, pues, antes debe surtirse un trámite administrativo por parte del INCORA, el cual se inicia con la resolución de caducidad, la que en el presente caso se profirió en el mes de diciembre de 1984 y culmina con el giro de los dineros correspondientes, hecho producido el 3 de febrero de 1987. Entre estos extremos, vale decir, expedición de la resolución de caducidad por muerte y consignación del valor comercial de la parcela, debe producirse necesariamente el agotamiento de varias faces o etapas, entre las que destacan, el avalúo comercial de la parcela practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, acta de entrega de la parcela, etc. Estos pasos constitutivos del aludido itinerario aparecen prolijamente relacionados a folios 9, 10 y 11 del fallo de primera instancia, descripción a la que se vio precisada acudir el Tribunal Administrativo de Antioquia para determinar que la entidad demandada no incurrió en falla del servicio por "retardo" en el pago del precio de la parcela readquirida, como quiera que tal y como tinosamente lo expresó la vista fiscal "...la parte demandante no demostró que el INCORA hubiera procedido con deliberadas o culposas demoras en el proceso de caducidad, pues para ese establecimiento como para toda entidad oficial, es de rigurosa obligación cumplir los trámites administrativos y fiscales que las normas legales y los reglamentos exigen, especialmente en procesos gubernativos destinados al reconocimiento y pago de una suma de dinero que procede del tesoro público. En el caso *sub-judice* y de acuerdo con la constancia de auditoría, eso fue lo que hizo el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, que no podía depositar el valor de las parcelas sin haber cumplido a plenitud el procedimiento allí descrito".

"De lo inmediatamente expuesto emerge con meridiana claridad la ausencia de fundamentos legales predicables de las peticiones de la demanda, pues como ha quedado establecido, el INCORA, no hizo cosa distinta que observar rigurosamente lo señalado en la Ley y el reglamento frente al procedimiento de caducidad administrativa por causa de muerte.

Pero es que además, resulta inaceptable jurídicamente apoyar las peticiones de la demanda en la "morosidad del Incora en depositar los dineros respectivos..." (ver hechos de la demanda, ordinal 9). Cuál mora? preguntamos, aún en el evento de que se hubiese acreditado procesalmente maniobras dilatorias por parte del Incora en el reconocimiento del valor de la parcela, la tesis de la mora no habría podido alcanzar atendibilidad jurídica como quiera que para el pago respectivo por tal concepto, ni la Ley ni el reglamento fijan o señalan plazo alguno, como tampoco lo señaló el juez de la sucesión. El plazo para el pago de parcelas o cuota parte de ellas lo establecía el Acuerdo No. 20 de julio 24 de 1985, en su artículo cuarenta y seis (46), para aquellas caducidades decretadas por motivos distintos a la muerte del beneficiario. La forma de pago respecto a la caducidad por muerte del adjudicatario la consagraba de manera expresa el artículo cuarenta y tres (43) del precitado Acuerdo, y de la lectura de esta última disposición en modo alguno se deduce el señalamiento de plazos para la cancelación del valor comercial de la parcela readquirida por el Instituto. No quiere ello decir que el INCORA podía demorar cualquier lapso de tiempo para el cumplimiento de esa obligación sencilla y llanamente en orden a la satisfacción de la misma debía cumplir rigurosamente un procedimiento consagrado en la Ley y en el reglamento, cuya observancia puntual en relación con la caducidad decretada a raíz del fallecimiento del señor ORLANDO DE JESUS MONTOYA OSPINA, ha quedado consignada en el informe rendido por la Contraloría el 21 de noviembre de 1986 (fls. 69 y 70).

"La inexistencia de plazo o términos como los denomina el apoderado de la parte demandante, es reconocida por éste en su escrito de sustentación del recurso de apelación. Luego, si no existe plazo, mal puede hablarse de MORA, ya que concebir ésta sin la existencia de aquél constituye una dicotomía insalvable.

"Al afirmar la inexistencia de plazo respecto al pago de las parcelas readquiridas por el INCORA como consecuencia de caducidad por muerte, nos apartamos del criterio del Tribunal Administrativo de Antioquia, según el cual el artículo 46 del Acuerdo No. 20 del 24 de julio de 1985 resultaba aplicable en cuanto a forma de pago se refiere el asunto aquí debatido, pues ya hemos dicho que el artículo 43 se encargaba de regular de manera especial la forma de pago que opera en presencia de la caducidad por muerte del adjudicatario, allí se decía: "En caso de caducidad por muerte del adjudicatario o asignatario, el Instituto reconocerá el valor comercial de la parcela, cuota parte o mejoras, según el caso, determinado por peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, lo consignará ante el juez de la causa a favor de la sucesión del fallecido...". Nótese que la expresión "lo consignará", no aparece acompañada de ninguna circunstancia modal; fuerza entonces es, concluir que dicho pago debía ser de un solo contado sin sujeción a un plazo predeterminado, así lo entendió siempre el Instituto, por eso este tipo de pagos no podía efectuarse diferido en el tiempo, ni cancelarse por cuotas

o instalamentos, tal posibilidad estaba prevista en el artículo 46 del varias veces citado Acuerdo No. 20, de manera exclusiva para aquel tipo de pago relacionado con caducidades decretadas por motivos diferentes a la muerte del beneficiario. Luego, no es que el artículo 46 al señalar la forma de pago de los predios readquiridos por el Incora, en principio parece excluir como lo señala el Tribunal, aquellos que los son por declaratoria de caducidad en razón de la muerte del adjudicatario, es que indudablemente los excluye, prueba de ello es que el Incora siempre pagó de un solo contado el valor de las parcelas readquridas a raíz del fallecimiento del adjudicatario, y no podía haber sido de otra forma, toda vez que en tal caso se hubiera desconocido flagrantemente el sentido y alcance del artículo 43 del Acuerdo 20 de 1985, originario de la Junta Directiva del Instituto.

"De cualquier forma, las consideraciones del Tribunal coinciden en lo fundamental con el criterio de la Fiscalía, pues según aquellas no se configura la pretendida responsabilidad extracontractual de la entidad demandada, como quiera que no concurren los elementos exigidos por la jurisprudencia nacional para la estructuración del mencionado fenómeno.

"En síntesis, no hubo demora voluntaria ni mucho menos injusta por parte del INCORA en pagar a la sucesión del fallecido el valor comercial de la parcela "CORRALITOS". Como lógica consecuencia de este hecho innegable todas y cada una de las peticiones de la demanda surgidas a partir del supuesto contrario carecen de atendibilidad jurídica.

"Aun admitiendo como se dijo en líneas anteriores, la supuesta morosidad del Instituto, tal afirmación desaparecería por elemental sustracción de materia, ya que es verdad concluyente y por lo mismo inatacable, que dentro del procedimiento de caducidad por muerte, en cuanto dice relación con el pago del valor comercial de la parcela readquirida, no existe para su solución ningún tipo de plazo, entiendase legal, convencional o judicial; así las cosas, resulta un contrasentido jurídico ostensible pregonar la mora en ausencia de un plazo.

"Lo expuesto en este escrito constituye fundamento suficiente para reiterar en forma comedida a la Honorable Corporación mi petición consistente en que se confirme en todas sus partes la providencia recurrida".

- IV -
VISTA FISCAL

El Fiscal Octavo de la Corporación, en su concepto de fondo, OBSERVA:

"La decisión del Tribunal de primera instancia se hizo teniendo en cuenta lo normado en el artículo 67 del Acuerdo 020 de 1985 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria que dice: "Los pagos a que se obligue el

Instituto en aplicación de este reglamento, se efectuarán de conformidad con el artículo 46 del presente acuerdo".

"Ahora, el artículo 46 del mismo Acuerdo, señala la forma de pago de las parcelas readquiridas por el Incora, en caso de retiro voluntario o caducidad, pero por motivos diferentes a la muerte del adjudicatario.

"Y el artículo 43 ibídem, prescribe que cuando se declara la caducidad por muerte del adjudicatario el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria reconocerá el valor comercial de la parcela y lo consignará ante el Juez conocedor de la sucesión del fallecido.

"Si bien es cierto, que con lo normado en el artículo 46 del Acuerdo 020 de 1985, se está excluyendo del pago de las parcelas adquiridas por caducidad en caso de muerte del adjudicatario también es cierto que en el artículo 43, ibídem, se está señalando el reconocimiento y pago de estos predios.

"Por consiguiente, se observa, que se dio cumplimiento a lo normado en el artículo 43 del Acuerdo 020 de 1985, no existiendo mora en el pago, pues se realizó un procedimiento y, una vez cumplidas las etapas, se consignó el dinero en el Juzgado del conocimiento de la sucesión del fallecido.

"Ahora, el Tribunal Administrativo de Antioquia al negar las pretensiones de la demanda, lo hizo basándose en lo reglado en los artículos 46 y 67 del Acuerdo 020 de 1985, y como existe disposición específica para el caso de las adjudicaciones adquiridas por causa de muerte del adjudicatario, estas normas no se aplican en el presente caso.

"Por lo tanto, como no está demostrado a través del proceso que la demora se debió a negligencia de la administración, se solicita al H. Consejo de Estado se confirme la providencia objeto de la apelación".

- V -
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La sentencia proferida por el *a-quo* será confirmada aunque por razones diferentes. En efecto: Estudiado el alcance del "petitum", la Sala encuentra que los actores piden para sí, con olvido de que han debido hacerlo para la SUCESION, como reiteradamente lo ha predicado la doctrina y la jurisprudencia. Se registra entonces, una falta de legitimación en la causa por activa, que da lugar a la denegación de las pretensiones. En esta materia el Profesor Dr. Hernando Morales Molina, enseña:

"Los herederos en general y cada heredero en particular comparecen al proceso PARA LA SUCESION, y si los bienes o derechos son objeto de demanda debe demandarse a todos los herederos conocidos, *EN CAMBIO UNO SOLO DE*

ELLOS PUEDE DEMANDAR, PERO DEBE PEDIR PARA LA SUCESION..." (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición. Editorial A.B.C. 1985, pág. 219) (Subrayas de la Sala).

En fallo de dos (2) de agosto de mil novecientos noventa (1990), Expediente No. 5354. Actor José Resurrección Ovalle, Demandado Fondo Nacional de Caminos Vecinales, esta Corporación, al ocuparse de una situación con igual universo a la que se recoge en el presente proceso dijo: (Publicado en Extractos de Jurisprudencia Tomo IX.)

"C) Definido que el predio POMORROSO pertenece a una comunidad, pues en él tienen derecho de cuota las señoras MERCEDES NUÑEZ y MARIA LIBRADA NUÑEZ, lo mismo que el demandante señor JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ, se imponía demandar las indemnizaciones por daños causados, con ocasión de un trabajo público, en favor de la comunidad, y no del comunero demandante, que predicando ser dueño de todo el inmueble aspira a ingresar a su propio patrimonio el monto total de la condena respectiva. En la *"causa petendi"*, la procuradora judicial de la parte actora solicita que: "...se declare responsable al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, de los perjuicios ocasionados a los predios POMORROSO y POMORROSAL, *de propiedad del señor JOSE RESURRECCION OVALLE GONZALEZ...* 2. Que se condene al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, *a reconocer y pagar a favor de mi representado...*" (Subrayas de Sala). Dentro del anterior universo, se repite, la parte actora ha debido solicitar la condena en favor de LA COMUNIDAD y no para sí. En esta materia tanto la jurisprudencia como la doctrina enseñan:

"249. COMUNIDAD.- La comunidad es un estado en que uno o varios bienes pertenecen a varias personas en proindiviso; judicial y extrajudicialmente y corresponde actuar por ella a los comuneros. La Corte dice: "La comunidad de una cosa universal o singular, que nuestro Códico Civil llama impropiamente cuasi contrato, no es una persona jurídica. De manera que en estricto rigor la comunidad como tal carece de capacidad para ser parte, pues no es una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados".

"Pasivamente, es menester demandarlos a todos a fin de que la sentencia los cobije. *Activamente puede demandar para beneficio de la comunidad uno solo de los comuneros; pero si la demanda redunda en provecho de la comunidad, favorecerá a todos ellos.* La Corte expresa: "Si bien es cierto que los copropietarios no se representan unos a otros, ni tampoco a la comunidad, sin embargo, *cuando uno de ellos ha litigado para ésta última sobre un derecho indivisible,* la sentencia favorable aprovecha a la comunidad, pero la desfavorable no afecta los derechos de ésta o de los otros condueños que no la acepten. (Jurisprudencia. Tomo III, No. 574) (Curso

de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición. Dr. Hernando Morales Molina. págs. 223 y ss.ss.) (Subrayas de la Sala).

"Manejando la misma perspectiva jurídica la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), Magistrado Ponente, Dr. Manuel Barrera Parra, recordó:

...si la comunidad carece de administrador, *cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad,* que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquella. *La gestación procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad,* aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor... En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular, puede promover la acción reivindicatoria en *beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa común aprovecha a toda la comunidad,* a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda, favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil..." (Gaceta Judicial, No. 2.147, págs 978 y ss.ss). (Subrayas de Sala).

"También la sentencia de veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946), con ponencia del Dr. Eleuterio Serna, la alta Corporación precisó:

"*El comunero puede pedir para la comunidad,* pero no es por la razón de que los comuneros se representen unos a otros o a la comunidad, *sino en virtud de que el comunero, cuando litiga, EN FAVOR DE LA COMUNIDAD, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta.* Tal cuestión es sustantiva, de fondo". (Gaceta Judicial. Tomo 61. Nos. 2038-2041, págs. 567). (Subrayas de la Sala).

Finalmente, el Consejo de Estado, en sentencia de marzo 3 de 1988, Expediente No. 5087, Actor Venancio Cardona Castaño, Consejero Ponente, Dr. Jorge Valencia Arango, dijo:

"...la misma demanda afirma que el piso 3° del edificio, constituido en propiedad horizontal según aparece acreditado en el proceso, pertenece a un tercero que no figura como demandante, *por lo que los daños en la propiedad común, sólo podían hacerse valer por ambos copropietarios, por el administrador de la comunidad, o por uno de los comuneros PERO PIDIENDO A NOMBRE DE LA COMUNIDAD Y NO A NOMBRE PROPIO."* (Subrayas de la Sala)".

B) A la luz de la perspectiva jurídica que se deja estudiada, se tiene que los demandantes Lucelly Rodríguez de Montoya, Sandra Bibiana, Orlando Alexandro y Luisa Yorladis Montoya Rodríguez, no son dueños de los dineros que reclaman. Pues de haber prosperado la acción instaurada, ellos se radicarían en la sucesión del señor ORLANDO DE JESUS MONTOYA OSPINA, esto es, en la misma universalidad que recibió del INCORA LA SUMA DE DIEZ MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS ($10.149.000.oo) valor del predio denominado "CORRALITOS". Del hecho sexto de la *causa petendi* se desprende muy bien que la cónyuge sobreviviente y los herederos, al iniciar el proceso de sucesión, le solicitaron al Incora por intermedio de la Gerencia Regional del Proyecto Antioquia, *que depositara los dineros correspondientes al valor comercial de la parcela, a órdenes del Juzgado y A FAVOR DE LA SUCESION, en la Caja Agraria Sucursal de Sopetran...".* (Subrayas de la Sala). Esta misma filosofía es la que ha debido informar la demanda que dio origen al presente proceso. Como así no ocurrió, la falta de legitimación en la causa, por activa, no deja espacios para la duda.

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

FALLA:

1o. CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el día veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dentro del proceso del rubro, pero por las razones dadas en los considerandos de ésta sentencia;

2o. Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila,* Aclara el voto; *Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS RAMIREZ ARCILA

Referencia: Expediente No. 6020. Actor: Lucelly Rodríguez de Montoya.

Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Mi aclaración de voto se motiva en el hecho de que si bien estoy de acuerdo con la confirmación que se hace de la sentencia del Tribunal de primera instancia, no estoy en cambio, de acuerdo con "las razones dadas en los considerandos", o sea que en el presente caso "la falta de legitimación en la causa, por activa, no deja espacios para la duda" (fl. 228), ya que se considera que los demandantes no han debido demandar particularmente sino para la sucesión, y para el efecto se cita una sentencia de la Corte, según la cual "... si la comunidad carece de administrador, *cualquier comunero puede comparecer procesalmente en defensa de los derechos de todos. Cuando el comunero litiga en favor de la comunidad no es propiamente que asuma la representación de la supuesta entidad,* que no existe como persona jurídica, sino que acciona con un interés propio que se confunde con el de aquella. *La gestión procesal de cualquier comunero en beneficio de la comunidad,* aprovecha a todos; pero aquella que no la favorece, sólo perjudica al gestor... En consecuencia, cualquier comunero, tanto en la comunidad de cosa universal como en la comunidad de cosa singular, puede promover la acción reivindicatoria en *beneficio de todos. Esta actuación judicial enderezada a la conservación de la cosa común aprovecha a toda la comunidad,* a tal punto que el efecto de la interrupción civil que se deriva de su demanda, favorece a todos los comuneros, como lo establece el artículo 2525 del Código Civil..." (Gaceta Judicial, Nro. 2.147, págs. 978 y ss.). (Subrayas de la Sala).

Más adelante se anota:

"B) A la luz de la perspectiva jurídica que se deja estudiada, se tiene que los demandantes Lucelly Rodríguez de Montoya, Sandra Bibiana, Orlando Alexandro y Luisa Yorladis Montoya Rodríguez, no son dueños de los dineros que reclaman. Pues de haber prosperado la acción instaurada, ellos se radicarían en la sucesión del señor ORLANDO DE JESUS MONTOYA OSPINA, esto es, en la misma universalidad que recibió del INCORA LA SUMA DE DIEZ MILLONES CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS ($10.149.000.oo) valor del predio denominado "CORRALITOS". Del hecho sexto de la causa petendi se desprende muy bien que la cónyuge sobreviviente y los herederos, al iniciar el proceso de sucesión, le solicitaron al Incora por intermedio de la Gerencia Regional del Proyecto Antioquia, *que depositara los dineros correspondientes al valor comercial de la parcela, a órdenes del Juzgado y A FAVOR DE LA SUCESION, en la Caja Agraria Sucursal de Sopetran..."* (Subrayas de la Sala). Esta misma filosofía es la que ha debido informar la demanda que dio origen al presente proceso. Como así no ocurrió, la falta de legitimación en la causa, por activa, no deja espacios para la duda". (fls. 227 a 228).

No obstante lo anterior y del inmenso respeto que me merece el ilustrado criterio de los restantes colegas de la Sala Tercera, creo que en el presente caso no se trata de un problema de comunidad y por consiguiente de falta de legitimación en la causa, y aún en el caso de faltar ésta creo que la sentencia ha debido ser inhibitoria.

No se trata de problema de comunidad, porque las demandantes demandaron, para ellas y respecto de un bien (el valor de una parcela) que por razón de sucesión, liquidación y partición ya había entrado a su patrimonio; sólo que el avalúo y adjudicación se hizo en 1985 y el Incora giró los dineros correspondientes a los adjudicatarios en 1987. (...)

Al respecto en los hechos de la demanda, se afirma:

"*DECIMO.*- La demora voluntaria y a todas luces injusta por parte del Incora en pagar los dineros causó agravio grave contra el patrimonio económico de la cónyuge sobreviviente y de los herederos del señor ORLANDO DE JESUS MONTOYA OSPIANA (sic) 1985, época del avalúo de la parcela, y el mes de enero de 1987, época de pago de los dineros, nuestro peso sufrió una depreciación del 32.36%, tal como consta en el informe que se adjunta expedido por el Banco de la República con base en las cifras del índice de precios al consumidor para ingresos medios (empleados) en la ciudad de Medellín publicado por el DANE. Según el mismo documento, un peso de marzo de 1985 equivale a 1.48 pesos de enero de 1987".

"*UNDECIMO.*- Por la morosidad del Incora en depositar los dineros respectivos, la cónyuge sobreviviente y los herederos del señor ORLANDO DE JESUS MONTOYA OSPINA recibieron un pago incompleto por la pérdida de la capacidad adquisitiva de nuestro signo monetario, situación que representa un daño emergente para dichas personas, y que de acuerdo con nuestra legislación

debe ser enmendado ordenándole a la entidad demandada que complete el pago en esa misma proporción para que la indemnización sea total y por consiguiente justa y equitativa.

"*DUODECIMO.*- Por otra parte, como en el presente caso se trataba de cancelar una suma de dinero, el simple retardo en su solución da lugar al cobro de intereses a título de lucro cesante, lo que se supone cuando hay mora en la obligación de pagar una suma de dinero, intereses que consideramos deben ser los de la tasa legal civil, es decir, el seis por ciento (6%) anuales según el artículo 1617 del Código Civil. Para que haya la debida equidad, estos intereses deben liquidarse desde el día 11 de octubre de 1985, fecha en que fue aprobada la partición de bienes de la sucesión, por ser la sentencia el momento procesal en que los dineros debieron ser entregados a los beneficiarios, liquidación que debe ir hasta la fecha en que el Incora giró los dineros por intermedio de la Caja Agraria de Medellín, es decir, el 3 de febrero de 1987. En resumen, los intereses deben liquidarse del 11 de octubre de 1985 al 3 de febrero de 1987". (fls. 83 y 84).

Como puede verse de todo lo anterior, no se trata de un bien que pertenezca a la sucesión, sino que por haber figurado en ésta (ver folio 9), el mismo fue adjudicado, por el valor de su avalúo, a la cónyuge y a los herederos y la demora en su pago perjudicó a éstos quienes, precisamente, son los que se presentan como demandantes.

No se trata pues de un problema de legitimación en la causa, que debe haber sido, al no acreditar la calidad correspondiente tampoco era del caso entrar a fallar de fondo.

Como al final de cuentas se confirmó la sentencia del Tribunal con la cual estoy de acuerdo, mi aclaración de voto solo concierne con la motivación.

Carlos Ramírez Arcila.

Bogotá, D.E., 18 de marzo de 1991.

LEGITIMACION EN LA CAUSA/ PRESUPUESTOS PROCESALES/ DEMANDA - Requisitos/**ANEXOS/ PODER ESPECIAL** - Presentación

De la legitimación en la causa puede decirse que es una relación, a la vez material y procesal, entre los sujetos de la pretensión (por activa o por pasiva) con el objeto que se pretende. Cuando se habla de presupuesto procesal debe entenderse que es algo que debe darse antes del proceso. Para que éste se inicie se requiere que se presente una demanda con el lleno de ciertos requisitos, la cual supone la existencia de unas partes y que se presente ante un juez competente.

En el *sub-lite* la omisión está en los poderes pero no en la demanda misma, lo que nada tiene que ver con la forma sino con sus anexos. Se trata es de un presupuesto de admisibilidad de la demanda y que al faltar ésta no podía admitirse; pero si el defecto sólo se observa al momento de fallar, la sentencia debe ser inhibitoria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente No. 6058. Actor: Ignacio Palacio Uriana y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual resolvió declararse inhibido para un pronunciamiento de fondo.

I. ANTECEDENTES:

1. Los señores IGNACIO PALACIO URIANA, EDISON URIANA, AYAUCA URIANA y MARTIN URIANA, por apoderado judicial demandaron a la Nación - Ministerio de Defensa, en ejercicio de la acción de reparación directa, con el objeto de que se le declare responsable de los perjuicios materiales y morales de que fueron víctimas.

Por concepto de perjuicios morales solicitan el pago de la suma equivalente a un mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos, y por perjuicios materiales la que resulte probada en el proceso.

Solicitan también que a los valores antes determinados se les aplique el índice de devaluación monetaria.

2. Las pretensiones anteriores, las fundamentan en los hechos que se sintetizan así:

a) Los demandantes, señores Ignacio Palacio, Martín, Edinson, y Ayauca Uriana fueron retenidos por unidades del ejército de la Base Militar de Maicao el día martes 15 de diciembre de 1987 entre las 51/2 y las 6 de la tarde, cuando fue allanada sin orden legal de autoridad competente la finca rural denominada Porciosa, ubicada en Carraipia, Municipio de Maicao (Guajira), donde se produjo la captura y les fueron retenidas las cédulas de ciudadanía a Martín y a Edinson Uriana.

b) Los miembros del ejército que efectuaron el operativo comandado por el capitán Jaime Vargas Arévalo, obligaron a los actores a tenderse en el suelo y en presencia de las mujeres y niños que vivían allí fueron torturados brutalmente mediante golpes dados con la culata de los fusiles que portaban, y con la trompetilla de la misma arma que les introducían violentamente por la boca y con patadas que les proporcionaban vejándolos en distintas partes del cuerpo.

c) Terminado el ilegal allanamiento, los capturados fueron conducidos a la Base Militar de Maicao, lugar donde igualmente fueron maltratados en forma cruel e inhumana, negando a sus familiares información respecto del sitio de reclusión y del estado de salud, así como no se les permitió un intérprete de su lengua, ni el acceso de alimentos.

d) El día 17 de diciembre de 1987 los demandantes quedaron a disposición de los jueces de instrucción criminal de Riohacha, quienes ordenaron su reclusión en la cárcel judicial de esa ciudad, habiendo sido encalabozados a la vista del personal de guardias y de la enfermera del penal.

e) El 19 de diciembre de 1987, por competencia se remitieron los demandantes a los jueces de instrucción criminal radicados en Maicao, y entonces se les inició la investigación por el presunto delito de porte ilegal de armas.

f)Los actores antes de su captura se encontraban completamente sanos.

3. Notificada la demanda el señor Ministro de Defensa Nacional, constituyó como apoderado al doctor Pedro Alfonso Escobar, según nota que obra a folio 23 vto., sin embargo no contestó la demanda, ni intervino durante todo el proceso en defensa de los intereses de la Nación.

4. Surtido el trámite legal de primera instancia, el Tribunal competente profirió sentencia inhibitoria en consideración a que el poder especial para un proceso debe conferise por memorial dirigido al Juez del conocimiento y presentarse personalmente por el poderdante quien debe identificarse con el documento de identidad, que según la Ley 39 de 1961, es la cédula de ciudadanía el único medio apto para tal fin.

En el *sub-examine* los demandantes confirieron poder sin identificarse, estando detenidos en la Cárcel de Riohacha y alegaron como causa de la identificación, la retención del documento por parte del Ejército Nacional. Sin embargo, durante el proceso no ratificaron los poderes, ni se identificaron con el documento de identidad. Por tanto el *a-quo* dedujo que los actores no confirieron poder, lo cual constituye un defecto formal que hace imposible un pronunciamiento de fondo.

5. El apoderado de la parte actora interpuso dentro del término legal el recurso de apelación que sustentó, en que el art. 65 del Código de Procedimiento Civil, no habla sobre la presentación del documento de identificación para el otorgamiento de un poder, y afirma que los poderdantes al firmar impusieron su huella dactilar, ya que sus documentos estaban retenidos por el Ejército desde el momento en que fueron capturados.

Considera además que la falta de requisito formal expresada por el Tribunal, quedó subsanado tanto por esa Corporación al no ordenar subsanarlo como lo ordena el artículo 99 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, como por la demandada que no se pronunció sobre dicho aspecto en todo el proceso.

6. Las partes no presentaron memorial alguno de alegato de conclusión.

La Fiscalía Octava por su parte, conceptúa que la sentencia debe confirmarse por falta de identificación en el poder. Expresa: ... "Ahora, si bien es cierto que en el momento de otorgar poder los actores para que los representara en el proceso ante la justicia contencioso administrativa, estaban detenidos en la Cárcel de Riohacha, también es cierto que la demanda fue presentada el 15 de abril de 1988, fecha para la cual ya estaban en libertad, y habían podido hacer su presentación personal del mismo". (fol. 125, C. 1).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Vistos los antecedentes fácticos que se han esbozado y teniendo en cuenta que en el otorgamiento de los respectivos poderes los actores no se identificaron en forma legal, la sentencia, no sólo no podía proferirse en el fondo, sino que ni siquiera la demanda ha debido admitirse.

Como, en verdad, el fallo de primera instancia fue inhibitorio, el mismo habrá de confirmarse pero previas algunas precisiones relacionadas con su parte motiva.

En efecto, como en ésta se habla en forma no muy clara de legitimación y presupuestos procesales, conviene aclarar lo correspondiente a estos conceptos.

LEGITIMACION EN LA CAUSA

Se dice en la sentencia que la legitimación en la causa es, según los tratadistas, "una coincidencia entre el sujeto autor del acto y el sujeto de la situación jurídica activa o pasiva sobre lo que el acto ha de producir su efecto" (fl. 106), y que según la Corte Suprema de Justicia, es la "identidad de la persona del demandante con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación Actora)...". (fl. 108).

Hablar de la legitimación en la causa no es cosa fácil, empezando porque no existe acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de la estructura y aun de la denominación misma del concepto. No es acertado, pues, decir, sin más, de acuerdo con algún autor o con determinada jurisprudencia que la legitimación consiste en una " identidad" o "coincidencia" o "titularidad" respecto del contenido de algunas normas; o que sea o no un presupuesto procesal; o que se diferencie de la capacidad, en que ésta se refiera "al poder ser" y la legitimación "al ser en realidad el actor".

El asunto no es tan fácil de precisar. Lo primero que debe advertirse es que la legitimación no solo se da en el derecho procesal sino también en lo sustancial, lo cual se presta a que se presenten confusiones, agravadas con otra distinción que se hace entre legitimación en la causa (o para la causa) y legitimación procesal. A éstas, a su vez, se les denomina indistintamente, por diferentes procesalistas, como "legitimación para accionar (Liebman) "legitimación para obrar" (Chiovenda) "cualidad para obrar, (Chiovenda y Rocco) "legitimación causal" (Barrios de Angelis).

Pero el asunto no termina ahí. El principal problema se presenta debido a que a veces no se percata en que es distinta la concepción que se tiene de la legitimación en la causa, según se esté, o dentro de la teoría del derecho concreto de la acción, o dentro del derecho abstracto, es decir,"que se esté, de acuerdo con la doctrina tradicional del derecho romano, preconizada por Chiovenda, y

en algunas ocasiones seguida por nuestra Corte: de que para tener acción se necesita estar asistido por el derecho subjetivo; o se considere que la acción no se relaciona directamente con el derecho material, sino que éste sirve de fundamento a las pretensiones contenidas en la demanda. (Carnelutti, Rocco, Prieto, Castro, Devis y art. 75 C. de P.C.).

En relación con este tema, esta Sala, con ponencia del mismo Consejero presente, en sentencia de 6 de abril de 1989, Actor: Industria Colombiana Ltda. "Incocol", expresó:

> "De la *'legitimación en la causa'*, puede decirse que es una relación, a la vez material y procesal, entre los sujetos de la pretensión (por activa o por pasiva) con el objeto que se pretende.
>
> "A la legitimación en la causa se la ha confundido por los seguidores de Chiovenda y en general por los partidarios de la teoría concreta de la acción, con la titularidad del derecho, pero tal criterio ha sido rebatido, con razón por quienes consideran que la *acción* no puede confundirse en manera alguna con el *derecho* que se hace valer en juicio.
>
> "'Uno de los más modernos autores del Derecho Procesal, Enrico Tulio Liebman, enseña que la "legitimación para accionar *(Legitimatio ad causam)* es la titularidad (activa o pasiva) de la acción'.
>
> "'El problema de la legitimación consiste en individualizar la persona a la cual corresponde el interés para accionar (y, por consiguiente, la acción) y la persona frente a la cual el mismo corresponde; en otros términos, el problema surge de la distinción entre la cuestión sobre existencia objetiva del interés para accionar y la cuestión sobre su pertenencia subjetiva.
>
> "'La legitimación, como requisito a la acción, es una condición de la providencia de fondo sobre la demanda; indica, pues, para cada proceso, *las justas partes, las partes legítimas*, esto es las personas que deben estar presentes a fin de que el Juez pueda proveer sobre un determinado objeto'. (Manual de Derecho Procesal Civil, pág. 116 y 117 Ed. EJEA).
>
> "La cuestión de la *legitimación en la causa* no es tan compleja como muchos la hacen aparecer. El problema se presenta, en primer lugar por la falta de distinción entre las teorías del derecho concreto y del derecho abstracto de la acción con lo cual tiene íntima relación la 'legitimación en la causa': Quienes optan por la primera teoría, se conforman con las tesis de Chiovenda, quien con el rótulo de la 'cualidad o legitimación para obrar', explica: "Esta condición de la sentencia favorable se suele designar con el nombre de *cualidad para obrar* con el cual se indican, sin embargo, también otras cosas completamente distintas, como el interés en obrar, y a veces también la capacidad de representar a otros en juicio. Por lo tanto, preferimos nuestra vieja denominación de *Legitimatio ad causam (legitimación para obrar)*.

Con ella se expresa que, para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que éste corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer; o sea, considera la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva). Con el nombre de *legitimatio ad processum*, se indica, por el contrario, un presupuesto procesal, esto es, la capacidad de representarse en juicio por sí o por otros'. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954).

"Para quienes siguen la teoría de Chiovenda, la legitimación en la causa se confunde con la titularidad del derecho que se hace valer en juicio, de modo que se estará activamente legitimado si el actor se identifica con la persona en cuyo favor está la ley, y se tendrá la legitimación pasiva si se demanda a la persona obligada por la ley.

"Como la legitimación así concebida tendría por base la titularidad del derecho que se hace valer, tal legitimación, por consiguiente, sería sustancial y su estimación dentro del proceso implicaría una providencia de fondo.

"En este sentido deben interpretarse algunas jurisprudencias de nuestra Corte y esta la razón para que a la legitimación en la causa, conforme a esta concepción, se le haya tenido como cuestión de fondo cuya ausencia no impida fallar sobre el mérito de la causa.

"Debe entenderse, de acuerdo con la tesis anterior, que cuando se habla de *legitimación en la causa y la titularidad del derecho en el actor*, se está tomando partido dentro de la teoría del derecho concreto de la acción y, para ser consecuente con los postulados de dicha teoría, cuando falte la titularidad del derecho en el actor o cuando la persona demandada no coincida con la obligada por la ley, la sentencia no debe ser inhibitoria sino que debe fallarse en el fondo.

"Lo anterior no puede confundirse con lo que por legitimación en la causa entienden los partidarios de la teoría del derecho abstracto, dentro de la cual la legitimación no es condición de la sentencia favorable sino de la sentencia de fondo o de mérito.

"Según esto, para los últimos, cuando falta la legitimación en la causa, ya no se trata de una cuestión de fondo o de una titularidad sustancial, sino de una posición dentro de la relación jurídica, de una titularidad procesal, pues la legitimación no consiste para ellos en la coincidencia entre el actor y el titular de la relación jurídica mediante la cual se pretende una providencia de fondo (favorable o desfavorable), independientemente de la pertenencia del derecho del actor o de la obligatoriedad material del demandado.

"Refiriéndose a este tema el procesalista español Leonardo Prieto Castro, enseña: 'En ciencia jurídica se llama *legitimación en causa o para la causa* el concepto que determina si el demandante es el sujeto que tiene derecho a serlo en el *proceso* de que se trata, y el demandado la persona que haya de sufrir la carga de asumir tal postura en este proceso... A esta relación de las partes en el proceso se llama *legitimación* o facultad de demandar (legitimación activa) y obligación de soportar la carga de ser demandado (legitimación pasiva), por hallarse en determinada relación con el objeto traído al proceso'. (Derecho Procesal Civil. T.1, pág. 166, Ed. 1946, Saragoza).

"Para Manuel de la Plaza 'la legitimación para obrar es la aptitud para ser sujeto de derecho, respecto a una determinada controversia, esto es, que así como la capacidad jurídica implica la facultad de poder ser sujeto de una relación, la legitimación supone el serlo en realidad y poder actuar en la controversia con la eficacia necesaria'. (Derecho Procesal Civil Español, T.1, pág. 409).

"En concepto de Ugo Rocco, quien a juicio de Devis Echandía es el procesalista que 'presenta un concepto mejor explicado y al mismo tiempo más exacto sobre la legitimación en la causa', al referirse a ésta, o a la 'legitimación para obrar', como también la denomina Rocco, enseña:

"'Por tal debemos entender el *conjunto de aquellas circunstancias, condiciones y calidades, determinadas en forma genérica y abstracta* por las normas relativas a la legitimación para obrar, existente en determinados sujetos y por las cuales pueden éstos pretender y deben pretender la declaración de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica o cualquiera otra providencia por parte de los órganos jurisdiccionales.

"'...

"'La 'legitimatio ad causam' es, pues, un estado en que llega a encontrarse una persona o una categoría de personas'.

"Y bien, ¿cómo se determina tal estado, cuáles son los criterios sobre los cuales las normas procesales establecen y determinan la legitimación para obrar?

"'...

"'La observación que debe guiarnos para llegar a la solución de la cuestión propuesta, y que a nosotros nos parece que reviste caracteres de verdad y solidez, es la siguiente: si hacemos abstracción de las particulares categorías de acciones, notamos que todo sujeto está legitimado para ejercitar una determinada acción únicamente frente a determinada relación jurídica o frente a un estado jurídico determinado. Esto demuestra que los criterios básicos para establecer la legitimación para obrar deben buscarse en un

conjunto de hechos, de circunstancias y de calidades de ciertos sujetos con respecto a la relación jurídica relativamente a la cual se pretende una providencia cualquiera.

"'Podemos entonces concluir, resolviendo el problema planteado, que el criterio básico para determinar la legitimación para obrar está constituido por la titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o del estado jurídico.

"'Este criterio no puede confundirse con el concepto de pertenencia del derecho, porque el ser titular, o el afirmarse tal, de una relación jurídica, no implica que la providencia solicitada sobre esa relación deba afirmar en todo caso la pertenencia o la existencia de la relación misma.

"La titularidad de la relación puede ser activa o pasiva, y de allí que haya la legitimación activa y la legitimación pasiva.

"'Además, la titularidad puede ser simplemente afirmada, la titularidad efectiva -activa y pasiva- no puede establecerse *a priori*, sino que habrán de declararla los órganos jurisdiccionales. (Derechos Procesal Civil, Ed.1944, págs. 161 y ss.).

"Debe observarse que Rocco enseña que todo sujeto está legitimado para ejercitar una determinada acción únicamente frente a una determinada relación jurídica o frente a un estado jurídico determinado y que los criterios básicos para establecer la legitimación deben buscarse en un conjunto de hechos, de circunstancias y de calidades de ciertos sujetos con respecto a la relación jurídica, relativamente a la cual se pretende una providencia cualquiera, concluyendo, para resolver el problema planteado, que el criterio básico para determinar la legitimación esté constituido por la titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o del estado jurídico.

"De acuerdo con lo anterior, la titularidad de la legitimación, puede ser, o efectiva o solamente afirmada.

"Cuando en un juicio ordinario el actor se atribuye en la demanda la titularidad de ser acreedor, y a su vez afirma del demandado ser el deudor, solicitando consecuencialmente que se haga contra éste la declaración condenatoria respectiva, la titularidad, tanto por activa como por pasiva, viene a ser afirmada y las dos partes resultan legitimadas para actuar en sus correspondientes calidadades como actor y contradictor, respectivamente, dentro del proceso. En este caso, para la legitimación en la causa, nada cuenta, ni el respaldo del derecho material que puede ostentar el actor, ni tampoco el resultado del juicio, el cual debe ser estimatorio o desestimatorio pero en manera alguna inhibitorio.

"La legitimación, además de afirmada puede ser efectiva y muchas veces la ley exige que su titularidad se compruebe para la admisión de la demanda. Así sucede en todos aquellos casos en que el juez debe tomar determinaciones que pueden ser definitivas sin necesidad de tener que abrir el juicio a pruebas.

"En un juicio ejecutivo, por ejemplo, el actor tiene que acompañar con la demanda la prueba de ser el titular del derecho que reclama con calidad de exigible, y que el demandado es la persona que debe cumplir con la obligación.

"En los juicios hipotecarios, divisorios, de deslinde, servidumbres y muchos otros, también se debe acreditar la legitimación, tanto activa como pasiva, con la presentación de la demanda.

"Para mejor comprensión de este punto, se transcribe lo que al respecto expresa Devis Echandía:

"'Sabemos que por lo general es en la sentencia cuando el Juez estudia la legitimación en la causa.

"'Sin embargo, en ocasiones el juez tiene el deber de examinar para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido, en el mismo auto admisorio de la demanda o posteriormente, pero sin debate probatorio previo. Tal caso ocurre en el ejecutivo, inclusive para las tercerías, en el de mejora de la hipoteca o relación de la prenda o exigibilidad de la obligación no vencida, en el de quiebra o concurso de acreedores, en el de sucesión por causa de muerte, y cuando no hay oposición del demandado, en los juicios de lanzamiento del arrendatario o restitución al arrendador, separación de bienes, alimentos, expropiaciones, deslinde y amojonamiento, servidumbres, posesorios, cesión de bienes, pactos accesorios de la compraventa, rendición de cuentas, controversias entre condueños, divisorios, venta de cosa hipotecada o dada en prenda, prestación o relevo de fianza y otorgamiento de otras cauciones.

"'Otras veces existe etapa probatoria, pero la admisión de la demanda está condicionada no solamente a que se cumplan los presupuestos procesales de la acción previos del juicio como sucede en todos los juicios -sino además a que aparezca la prueba de la debida legitimación del demandante y su interés para obrar. Así ocurre en los juicios de jurisdicción voluntaria, como los de interdicción, nombramiento de curadores, licencias para enajenar bienes de incapaces, y en algunos contenciosos, como el de autorización para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas o por el mismo deudor si se trata de otorgar un documento, el de pago por consignación, el de reducción de la hipoteca o de la pena estipulada y fijación de intereses y en los asuntos varios en que el juez resuelve con

conocimiento de causa o prevé y sumariamente o con prudente juicio, de acuerdo con el título XLV del Código de Procedimiento Civil'.

"'Es decir en los juicios especiales se examina siempre la legitimación en la causa y el interés para obrar del demandante y del demandado si lo hay, para la admisión de la demanda, conforme a nuestro Código. Sin duda, esto es un acierto, pues así se evitan procesos inútiles y pérdida de dinero al Estado y a las partes, y de tiempo a éstas y a los jueces'.

"'En los ordinarios, en cambio, el juez admite la demanda si ésta reúne los presupuestos procesales de la acción y previos del juicio, sin examinar las condiciones de legitimación en la causa e interés para obrar, y esto por la infortunada ausencia de norma legal que lo autorice para hacerlo. Pero se permite proponer como impedimento procesal (excepción dilatoria según nuestro Código) la carencia de cualquiera de esas dos condiciones sustanciales o de ambas, en el demandado. Conforme al art. 333, Ord. 2° del Código de Procedimiento Civil, norma que no ha sido utilizada por la jurisprudencia en forma alguna y que para nosotros tiene esa importantísima misión. Recuérdese que en España FAIREN GUILLEN sostiene que la legitimación en la causa es una condición para la admisión de la demanda. Así se evitan sentencias contradictorias y los demás problemas que surgen del hecho de no constituir cosa juzgada la sentencia inhibitoria que declare improcedente la demanda por ausencia de uno de estos dos requisitos para la decisión de fondo o de mérito'. (Tratado de Derecho Procesal Civil, T.1., págs. 575 a 577).

"Para ampliar un poco el margen de estas reflexiones, conviene agregar unas líneas más para consignar el criterio conceptual de los ilustres procesalistas uruguayos doctores Enrique Véscovi y Barrios de Angelis. El primero denomina 'la legitimación en la causa', también, como 'legitimación procesal', 'como sabemos por la teoría general -explica- aún cuando el tema no esté definitivamente asentado e indiscutido, la capacidad es una calidad del sujeto jurídico, mientras que la legitimación consiste en una relación entre el sujeto y el objeto (jurídico) (...).

"'*La legitimación,* entonces, puede definirse como la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso, que le permite obtener una providencia eficaz.

"'Es un concepto procesal, pero referido a la pretensión y al objeto del proceso, esto es, al derecho sustancial reclamado. Por eso es por lo que hablamos de legitimación procesal en el sentido de legitimación en la causa'. (Teoría General del Proceso pág. 196 Ed. Temis).

"Para De Angelis: 'La doctrina distingue, entre las cualidades atribuibles a las partes, la *capacidad* y la *legitimación,* cada una con variedades'.

"Generalmente se estudia la capacidad para ser parte, la capacidad para estar en juicio y la capacidad de postulación. Y de las legitimaciones se distingue la legitimación causal *(legitimatio ad causam)* de la legitimación procesal (legitimatio ad procesum) ('...').

"'*La legitimación causal* es la razonable posibilidad de que quienes se atribuyen, o a quienes se atribuye, la implicación en los intereses específicos del objeto sean sus efectivos titulares.

"Dicho de otro modo, la razonable posibilidad de que sean partes materiales... (Teoría del Proceso; p. 129 Edit. de Palma)".

Las citas de los dos últimos procesalistas se han traído, para recalcar, que de un autor a otro se presentan grandes diferencias y de allí la conveniencia de buscar la orientación adecuada para cada caso.

PRESUPUESTOS PROCESALES

(...) En el *sub-lite,* el fiscal del Tribunal habló de "falta de presupuestos formales de la demanda" y de "FALTA DE LEGITIMIDAD DE LA PARTE ACTIVA" (fl. 96), y en la sentencia recurrida se habla de "la capacidad para ser parte y de legitimación en la causa y finalmente se concluye en la" falta de presupuesto procesal de demanda en forma.

Esto de los presupuestos procesales, ha sido otro tema sobre el cual también ha faltado claridad, pero que bien podría obtenerse de seguir los más elementales principios de lógica y de semántica.

Cuando se habla de "presupuesto procesal" debe entenderse que es algo que debe darse antes del proceso. Para que éste se inicie se requiere que se presente una demanda con el lleno de ciertos requisitos, la cual supone la existencia de unas partes y que se presente ante un juez competente.

Desde el año de 1936, en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia comenzó a aparecer la teoría de los presupuestos procesales. De éstos se dijo que eran los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídica procesal. (G.J. 2145 pág. 345).

Inicialmente, consideró la Corte, los presupuestos procesales estaban "integrados por tres elementos a saber: la capacidad para ser parte; la capacidad procesal o para comparecer en juicio, y la legitimación en la causa" (Casación julio 9 de 1936). "Estas tres condiciones -se expuso- no constituyen el contenido de ningún pleito, sino su realidad. Deben ser siempre examinadas de oficio por el sentenciador y cuando cualquiera de ellas falta, la decisión nunca versa sobre el fondo del derecho controvertido" (casación, octubre 2 de 1936).

Posteriormente, en sentencia de noviembre 25 de 1938, se incluyó entre los presupuestos procesales el de la "COMPETENCIA". En esta oportunidad dijo la Corte: "Estos son los requisitos que el derecho procesal exige para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el fondo del asunto, porque mientras no sean satisfechos no se origina la relación procesal. Los presupuestos procesales son por regla general: a) competencia; b) capacidad para ser parte; c) capacidad procesal; d) legitimación en la causa. Antes de conocer sobre la materia misma del pleito, el juzgador tiene el deber de examinar y declarar la existencia de esos presupuestos procesales. La falta de cualesquiera de ellos produce el rehusamiento de fallar sobre el fondo, de manera que la acción incoada no se consuma, y el actor pueda volver a usar de su derecho donde sea oportuno y en la forma adecuada". (jurisprudencia de Orozco. T. VII, p. 593).

Años más adelante, en sentencia de la Corte con ponencia del H. Magistrado Leal Morales, de fechas enero 31 de 1947 (G.J. LXI p. 712); septiembre 30 del mismo año, (G.J. 2053 p. 42); y agosto 16 de 1948 (G.J. LXIV p. 711) se excluyó de la lista de los presupuesto procesales, la legitimación en la causa. No obstante, haberse enfatizado en una de estas providencias que la relación que se hacía era "definitiva", posteriormente la institución ha seguido siendo objeto de nuevas integraciones.

"La ciencia procedimental, expresó la Corte en esta oportunidad, los concibe (los presupuestos) como requisitos que han de reunirse necesariamente para que pueda sobrevenir una sentencia estimatoria de la demanda, ora acogiendo, ora rechazando sus pretensiones; se considera que en definitiva no son sino tres: juez, actor y reo, ya que la legitimación en la causa es una condición, y no un presupuesto procesal" (Quod deest vide corpore sententiad)" (G.J. 2053 pag. 42).

Años después la Corte incluyó entre los presupuestos procesales, el de la "demanda en forma", lo que mereció la aceptación de la mayoría de los procesalistas patrios, aunque no del ex-magistrado Leal Morales, quien en su obra "Teoría del Proceso Civil" continuó defendiendo la enumeración tripartita de "juez, demandante y reo".

En posteriores fallos, la Corte consolidó su concepto al señalar, como exhaustivos, los presupuestos, que en concepto de autores son los generales para toda clase de procesos, quedando por fuera los presupuestos para los juicios especiales.

Tales presupuestos, en concepto de la Corte son: la competencia del juez; la capacidad para ser parte; la capacidad procesal y la demanda en forma.

En el año de 1954, en diferentes fallos, la Corte reiteró su criterio, y en especial el de la demanda en forma, que es la que tiene que ver con el caso que se estudia. Así se expresó la Corte:

De lo dicho en algunos pronunciamientos de tal año se transcribe:

"En muy recientes fallos de esta Sala, aún no publicados en la Gaceta Judicial, se ha declarado que la demanda en forma es un verdadero presupuesto procesal. (sentencia de fecha 21 de julio de 1954).

"'El tratadista español Manuel de Plaza refiriéndose a los presupuestos procesales, enseña:

"'Es preciso, ante todo, que el órgano requerido para pronunciar la decisión tenga jurisdicción para hacerlo; es necesario, además que le esté atribuida competencia, es inexcusable que los litigantes no tengan capacidad jurídica y capacidad procesal, y es obvio también para que la demanda surta sus efectos procesales, esté correctamente formulada, según las normas que, para cada uno de los procesos, se hallen establecidos en los distintos sistemas legislativos (Manuel de la Plaza; "Derecho Procesal Civil Español" T. I. pág. 345).

"'El expositor mejicano Eduardo Pallares en su "Diccionario de Derecho Procesal Civil" (pág. 394) después de definir los presupuestos procesales como los "requisitos sin los cuales no puede iniciarse ni tramitarse con eficiencia jurídica un proceso", afirma lo siguiente:

"'Si el Juez no es competente, si las partes carecen de personalidad jurídica procesal, si el juicio no se inicia por medio de demanda en forma, el proceso no se constituye válidamente'.

"'El gran maestro italiano José Chiovenda había enseñado que eran procesales estos tres: competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad para procesar. Pero Chiovenda dice:

"'"Para que pueda constituirse la obligación del Juez de proveer a las demandas se requiere (además de la existencia de una demanda perfecta y regularmente notificada que es el acto constitutivo), algunas condiciones que se llaman presupuestos procesales". (Principios de Derecho procesal Civil T. I. pág. 126).

"'Por último el procesalista alemán W. Kisch expone:

"'De la mayor importancia es retener que los requisitos necesarios para la consecusión de los diferentes actos judiciales son de la más distinta naturaleza. Se distingue 1o.- Requisitos de la decisión o sentencia, en general; 2o.- De la sentencia de fondo; 3o.- De la sentencia de fondo favorable al actor.

"'"Los primeros han de existir para que el Tribunal empiece a actuar. Es pues necesario una demanda seria (no un simple borrador o proyecto que ha llegado por casualidad a la mesa del Juez) y contra una persona existente

(no fingida). Si falta algo de esto, el Tribunal no tiene necesidad de emitir sentencia, ni siquiera una de repulsa.

"'"Los demás requisitos son de una naturaleza tal que en caso de que falten no puede, desde luego, darse una sentencia que pronuncie sobre la acción ejercitada, pero sí una que exprese qué y por qué se ha negado el pronunciamiento de fondo. A esta clase pertenece, p.e. el requisito de que la demanda esté rodeada de todas las formalidades legales y que se haya entablado ante Tribunal competente; si no ocurre esto, es desestimada por estos defectos procesales, sin que con esto se diga nada acerca de la acción de derecho privado que se ha ejercitado. Cuando por el contrario existen, se puede, y es necesario dar sentencia sobre el fondo ..." (W. Kisch 'Elementos de Derecho Procesal Civil' pág. 19)'. (G.J. 2145 pág. 345)".

Lo que se ha dejado expuesto, conduce a concluir que en el presente caso no se presenta un problema de legitimación en la causa, ya que no se trata de la calidad en el actor para actuar en el proceso; ni tampoco se presenta, propiamente, el problema de la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, ni de los otros presupuestos que se han dejado enumerados, pues en realidad la demanda, en sí, cumple con los requisito de forma que exige el art. 137 del C.C.A. como son, la de dirigirse al Tribunal competente y contener: 1) la designación de las partes; 2) lo que demanda; 3) los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción 4) los fundamentos de derecho de las pretensiones ...; 5) la petición de pruebas ...; 6) la estimación razonada de la cuantía...".

En el *sub-lite,* como fácilmente puede verse, y así lo observó el Tribunal, la omisión está en los poderes pero no en la demanda misma, lo que nada tiene que ver con la forma sino con sus anexos. Y aunque respecto de la "demanda y sus anexos" el art. 139 del C.C.A., no menciona el poder para actuar, este vacío necesariamente debe llenarse con lo puesto en el C. de P.C. en cuyo artículo 71 al hablar de los anexos de demanda, en su primer numeral exige: "El poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado". En armonía con esta norma el art. 85 del mismo código prescribe: "*inadmisibilidad y rechazo in límine la demanda*. El juez declarará inadmisible la demanda:

"2o. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.

"...

De acuerdo con lo anterior, de lo que se trata en el caso de autos es de un presupuesto de admisibilidad de la demanda y que al faltar, lógicamente, ésta no podía admitirse; pero si el defecto solo se observa al momento de fallar, la sentencia, por la razón anotada, debe ser inhibitoria, pero no por la falta del presupuesto procesal de demanda en forma sino por el de inadmisibilidad.

En razón 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:

Confírmase la sentencia del 9 de noviembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, por las razones anotadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha 22 de febrero de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DERECHO DE ACCION/ DEMANDA - Desistimiento/ **COSA JUZGADA/ INEXISTENCIA PROCESAL**

El derecho de acción frente a un litigio particular se agota con su ejercicio, hasta el punto que si desiste de la demanda instaurada, no podrá presentarla de nuevo por la misma vía. La persona interesada no puede presentar, frente a un mismo conflicto, sino una sola demanda y no puede existir sino un solo proceso que la desarrolle. Si incumple esto y presenta más de una ante el mismo tribunal y éste las admite y las somete al trámite de rigor, los nuevos procesos estarán afectados de antiprocesalismo.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma oficial

La muerte tuvo ocurrencia durante un procedimiento policivo insensato y a causa de los disparos hechos por los agentes del orden, con sus armas de dotación oficial, en horas de servicio. La tragedia se presentó luego de que el hoy occiso, cansado de las continuas extorsiones del agente de policía se negó a seguir pagando por la tenencia de un revólver que tenía amparado con salvoconducto oficial. La falla del servicio que se enfoca como presunta, también podría, con mayor esfuerzo, evaluarse como probada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6122. -Indemnizaciones-. Actor: Miryam Stella Zabala Zapata y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1o. de diciembre de 1989, por medio de la cual se declaró configurada la excepción de cosa juzgada frente al señor Davier de Jesús Zabala Z. y se denegaron las súplicas de los demás demandantes.

En el libelo de 2 de octubre de 1984 se formularon las siguientes pretensiones:

"1. LA NACION es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de GABRIEL HORACIO ZABALA ZAPATA.

"1.1. Condénase a la Nación a pagar:

"A) A Martha o Martha Helena de Fátima Pino Zabala, John Hader, Yorledy, Eliana María, Wilmar Arlés y Darío Hernán Zabala Pino, y Gudiela Amparo Zabala vda. de Zapata, Luz Dary, Gloria Cecilia, Nancy Helena e Iván Zapata Zabala:

11.1. daños y perjuicios materiales, incluyendo en el lucro cesante los intereses de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de la sentencia o su liquidación, en pesos de valor constante, y por el monto que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.

"Estimo en veinte millones de pesos *de hoy*, el valor de los daños y perjuicios materiales causados a los demandantes.

"B) A Martha o Martha Helena de Fátima Pino Zabala, John Hader, Yorledy, Eliana María, Wilmar Arlés y Darío Hernán Zabala Pino, y Gudiela Amparo Zabala vda. de Zapata, Luz Dary, Gloria Cecilia, Nancy Helena e Iván Zapata Zabala, y Fabio o Fabio Hernán, Davier o Davier de Jesús, Dolly, Gabriel, Clara Rosa, Guillermo Humberto, Jairo, María Lucely, Gudiela Amparo, María Norelly, Hugo Aníbal, Alba Nelly, Teresa, Myriam Stella y Nidia Rosa Zabala Zapata,

"11.2. daños morales, con el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de mil gramos de oro-fino;

"11.3. honorarios de abogado y demás gastos del proceso;

"11.4. intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice Nacional de Precios al Consumidor de Ingresos Medios, desde la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha de la solución de las obligaciones que resulten de su cargo.

"Todo pago se imputará primero a intereses.

"1.5. La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C. Administrativo."

Narran los hechos que el 24 de junio de 1983, en el área urbana de Briceño (Antioquia), los agentes de la policía Luis Fernando Taborda Orozco, Gerardo Antonio Ospina Echeverri y Henry Mendoza Solórzano, en avanzado estado de embriaguez, y cuando extorsionaban al señor Gabriel Horacio Zabala Z. le dieron muerte al dispararle con armas de dotación oficial.

Muestra el expediente que el señor Davier de Jesús, hermano del occiso, también demandó en forma separada el día 12 de noviembre de 1985 y por los daños que le produjo la muerte de éste. Luego, desistió de la demanda inicial presentada con otros damnificados y se le aceptó el desistimiento.

Los procesos así instaurados (los radicados con los números 19.200 y 20346) fueron acumulados en auto de febrero 4 de 1987; acumulación que fue anulada por el *a-quo* en auto de 2 de septiembre de 1988, en vista del desistimiento aludido; proveído que fue revocado por esta Sala el 14 de abril de 1989, por consideraciones formales.

En virtud de esa revocatoria, el *a-quo* continúo el trámite y decidió los procesos acumulados mediante la sentencia objeto de este recurso.

Para tomar la decisión que se indicó atrás, sostuvo el tribunal para declarar la cosa juzgada:

"Al transcribirse el art. 342 del C. de P. Civil se hizo para recalcar que no puede ser más diáfana la ley en cuanto a lo que implica renunciar a las pretensiones de la demanda y la excepción de cosa juzgada bien puede proponerse dentro del término de traslado de la demanda o el juez reconocerla en la sentencia de oficio sino se alega pero se allegan al proceso sus pruebas, y donde agrega la sala, el Código Contencioso Administrativo en norma por demás especial y en su artículo 164 dispone que en la sentencia definitiva se decida sobre las excepciones propuestas y cualquiera otra que el fallador encontrare probada.

"Y en desarrollo de ello necesario es concluir que el juicio instaurado por Davier de Jesús Zabala Zapata y distinguido con el radicado 20.346 y que fue acumulado al 19.200, reclama una excepción de cosa juzgada y como tal el accionante nada puede exigirle administrativamente al Estado por la muerte de Gabriel Horacio Zabala Zapata.

"Pero si ello es así lo a resolver además es si lo ideado por Zabala Zapata consistente en demandar sustentando unos hechos y solicitando unas pruebas, desistir de la acción e iniciar otra nueva con hechos similares pero con diferentes medios probatorios puede tener auspicio procedimental, puede patentizarse y así derivar consecuencias jurídicas dentro de una acumulación

y más, lograr por este camino que las pruebas por él pedidas para su causa y sin transcendencia por haber renunciado ganen sentido para otros, ajenos éstos a su propio interés económico.

"Para la Sala las pruebas aportadas por Davier de Jesús Zabala Zapata y para demostrar que hubo una falla en el servicio de la Nación apuntalando así sus pretensiones indemnizatorias no pueden quedar al alcance de ser analizadas por el juzgador, a voluntad del mismo accionante quien por un acto suyo decidió retirarse de la controversia y mal podría entonces que éstas, las pruebas, no puedan tener efecto alguno para quien las pidió y si tenerlas para quienes no las pidieron, porque ello sería ilógico y además, ampararía acudir a algo no patentado por la ley ni por ella regulado.

"Y contra esta posición solo podría argumentarse que lo que se busca es una verdad verdadera y no aparente, pero lo cierto es que el procedimiento es una garantía para las partes, que los efectos del desistimiento intentado y aceptado son más que claros y que no se puede acudir sin limitantes a predicarse la posibilidad de tomarse todo lo que conduzca al esclarecimiento de los hechos, por cuanto con la misma tesis tendría el fallador que aceptar y analizar pruebas extemporáneamente allegadas o no ratificadas o tomadas de fuentes no propias o no aportadas regularmente, porque de hacerlo, quebrantaría los deberes del juzgador dispuestos en el artículo 37 del C. de P. Civil".

Frente a la demanda de los otros damnificados anota el *a-quo*:

"Lo ocurrido en Briceño y el 24 de junio de 1984 no fue un simple proceder policivo sino una complicada alteración del orden, en la pequeña localidad, donde perdieron la vida un cabo de la policía y un civil y en donde en el enfrentamiento aparecieron ciudadanos armados, que por el solo hecho alejan la idea de que no se trataba de un procedimiento contra ciudadanos inermes y que por esta misma circunstancia, exigía una comprobación clara de cómo se desenvolvieron los hechos, su iniciación y su final para que el fallador no tuviera que acudir a la imaginación y buscar subjetivamente lo que ocurrió en esa turbia visión de lo pasado, que bien podría ser tomada exactamente de la manera como lo presenta la acción y que al decir del libelista así le fueron relatados por varios testigos presenciales u otra contraria, que fue originada por la posición de los requisados, sin tampoco poderse apreciar el momento en que se hicieron los disparos, si hubo detonaciones previas al aire, quienes y contra quienes y lo preciso en que perdieron la vida las víctimas, válido luego para que el juzgador no tenga formado con el plenario recogido, imagen suficiente de que en verdad hubo una falla en el servicio de la administración cuando se requisó a Zabala Zapata".

Descontenta la parte actora con la decisión de los procesos acumulados por el tribunal (Procesos 19.200 y 20346), apeló.

Cumplido el trámite de la segunda instancia, es oportuno decidir. Para ello, se considera:

Para la fiscalía 8a. de la Corporación, el fallo merece ser revocado. A guisa de conclusión anota, en su vista de 2 de noviembre de 1990:

> "En las declaraciones recibidas en el Juzgado Promiscuo Municipal de Briceño, por comisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, entre otras las de José Albeiro, Legardo Giraldo, Francisco Chavarro Mora, y José Benjamín Chavarro, se afirma que a Gabriel Horacio Zabala Zapata unos agentes de la Policía uniformados y que estaban embriagados le exigían a éste $4.000.oo para no decomisarle el arma que portaba, y al negarse a dar tal suma de dinero, en el momento que se subió al caballo para dirigirse a su finca, estos agentes le dispararon, causándole la muerte.
>
> "De lo anterior se puede concluir que, efectivamente, a la víctima le cegaron su vida al rechazar tal exigencia, configurándose la responsabilidad, pues este acto dio lugar a que se integraran los tres elementos que la conforman, que son:
>
> 1o. Una falla en el servicio, por parte del Estado;
>
> 2o. El daño causado a un administrado, y
>
> 3o. La relación de causalidad entre los dos primeros.
>
> "Ahora, comprobada la responsabilidad administrativa se entra a determinar los perjuicios.
>
> "Está demostrado en el proceso que la víctima, Gabriel Horacio Zabala Zapata, convivía bajo el mismo techo con su esposa y sus hijos, como también con su hermana, quien era viuda y que ésta, a su vez, tenía cuatro hijos, pero no se estableció en el expediente cómo estaba determinada la actividad económica del occiso, y por consiguiente, se solicita se reconozcan los perjuicios materiales a estas personas, pero su tasación se haga por medio del incidente señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.
>
> "Ahora, en lo relativo a los perjuicios morales solicitados por los padres, esposa, hijos, sobrinos y hermanos, se deben reconocer de conformidad con lo señalado en jurisprudencia".

Por su lado la apoderada de la Nación en su alegato de instancia alega falta de pruebas e insiste en la aplicación del principio de la carga probatoria. Además, frente al desistimiento de la demanda del señor Davier de Jesús Zabala, observa:

> "De lo citado se colige que no es dable a quien acude a los tribunales trocar ni calificar *ad-libitum* las especies jurídicas, como tampoco es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, pues

el fraude a la ley no puede tener ningún pretexto. Tal como lo advirtió esta apoderada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y ante esta Honorable Corporación en memorial presentado el 20 de enero de 1989 la presentación de una nueva demanda obedecía única y exclusivamente a la necesidad de mejorar la prueba dentro del expediente 19.200, por ello es que DAVIER DE JESUS ZABALA ZAPATA desiste de la acción e inicia otra nueva con hechos similares *pero con diferentes medios probatorios*.

"La actuación de la parte demandante atenta contra el principio de la preclusión de la prueba, y el principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba, pues con la presentación de una nueva demanda pretendió subsanar deficiencias probatorias de otro proceso, abusando del derecho y reviviendo términos ya precluidos ya que la oportunidad procesal de solicitar pruebas dentro del proceso 19.200 había vencido y, a sabiendas en una forma desleal utilizó el nuevo proceso para mejorar la prueba con la certeza de que solicitando la acumulación de procesos, la prueba que exista en cualquiera de ellos vale para la decisión de todos; lo que no previó el apoderado es que, se declarará probada la excepción de cosa juzgada en el nuevo proceso y que en consecuencia las pruebas de este proceso no podrían ser apreciadas en el proceso 19.200 pues como lo manifiesta el Tribunal Administrativo de Antioquia podría *no tener* efecto las pruebas a quien sí las solicitó y tenerlo para quien no las pidió porque ello "ampararía a acudir a algo no patentado por la ley ni por ella regulado". En efecto, aceptar el procedimiento utilizado por el señor apoderado es desconocer la concepción de que el derecho administrativo es un derecho de equidad que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas *que contienen los criterios de justicia* que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del Juez en el proceso de creación del derecho, pues en el derecho están en juego los principios y valores fundamentales de las personas y de las cosas y no solo un catálogo de normas positivas. Además, es deber del Juez hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso (Art. 37 C.P.C)".

Para la Sala la sentencia recurrida, que comprende los dos procesos acumulados presenta dos aspectos que deben tenerse en cuenta en esta oportunidad. El primero, en cuanto el tribunal declaró probada la excepción de cosa juzgada en relación con uno de los demandantes; y el segundo, en lo que toca con la denegación de las súplicas de los demás demandantes.

En ese orden de ideas, se observa:

Como se dijo atrás los procesos No. 19.200 y 20.346, de la numeración del tribunal, se acumularon por éste, en decisión que, aunque fue anulada por el mismo por haber desistido en el primero el señor Davier Zabala uno de los

codemandantes y demandante único en el segundo, se mantuvo por esta Sala en proveído de 14 de abril de 1989 (a folio 237 y siguientes del c. principal).

Allí se aceptó la acumulación, porque formalmente se llenaron los requisitos que la ley exige para dicho efecto. Pero también se dijo en esa providencia que en la sentencia tendría que estudiarse el efecto que el desistimiento de la acción hecha por el mencionado señor Davier Zabala produjo en los procesos acumulados.

Efectivamente el tribunal hizo ese estudio y luego de cuestionar seriamente la conducta procesal del apoderado común y de negar la apreciación de las pruebas practicadas en el segundo proceso (el 20.346), declaró probada la excepción de cosa juzgada en el instaurado por Davier y denegó las pretensiones de los demás demandantes en el proceso 19.200.

La conducta procesal del señor Davier Zabala, desarrollada por su apo-derado en forma que podría calificarse por algunos de inteligente y hábil, merece el rechazo de la Sala, como lo mereció también para el juzgador de primera instancia.

El accionar constituye un derecho público, abstracto, cívico, autónomo en cabeza de cualquier persona que desee acudir a la rama jurisdiccional. Derecho que su titular ejerce o pone en movimiento ante un juez competente y mediante una demanda que reúna ciertos requisitos de Ley. Pero ese derecho frente a un conflicto de interés determinado y particular, ventilable ante la jurisdicción administrativa mediante las acciones de restablecimiento (artículo 85 del C.C.A.), reparación directa (86) y contractuales (87), no le permite a una misma parte legitimada ejercitar su derecho sino una sola vez, por que, como es obvio, la acción será una sola y uno solo será el juez del conocimiento así exista competencia a prevención en ciertos casos. Y así existan en un mismo circuito varios jueces de igual categoría y en un tribunal varios magistrados de iguales competencia y jerarquía. En otras palabras, el derecho de acción frente a un litigio particular se agota con su ejercicio, hasta el punto que si desiste de la demanda instaurada, no podrá presentarla de nuevo por la misma vía.

Esto impone, entonces, que la persona interesada no pueda presentar, frente a un mismo conflicto, sino una sola demanda y que no pueda existir sino un solo proceso que la desarrolle. Si incumple esto y presenta más de una ante el mismo tribunal y éste las admite y las somete al trámite de rigor, los nuevos procesos estarán afectados de antiprocesalismo.

Cabe recordar aquí que aunque la inexistencia procesal no tiene muchos antecedentes en la práctica judicial y que cuando se ha dado se habla de anti-procesalismo, existen casos como el aquí estudiado que justifican su consagración y con mayor razón cuando los procesos muestran un ejercicio de la abogacía de no muy ortodoxa presentación.

El señor Davier Zabala Z., formuló demanda de reparación directa contra la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa- el 5 de octubre de 1984, en litisconsorcio con otros damnificados y con miras a obtener la indemnización de perjuicios por la muerte del señor Gabriel Horacio Zabala Zapata (proceso 19.200, numeración del *a-quo*). Y el mismo señor presentó demanda ante el mismo tribunal contra la misma entidad pública y exactamente por los mismos hechos, con el fin de obtener idéntica indemnización de perjuicios, el día 12 de noviembre de 1985 (proceso 20.346).

No vale como pretexto afirmar que le tocó a otro magistrado, porque el juez colegiado es uno, como legalmente es uno el juez de circuito de Bogotá o Medellín, por ejemplo, así en estas ciudades exista un crecido número de jueces de igual categoría.

Es consciente la Sala de que el fenómeno que aquí se dio puede manejarse aproximadamente con los principios que gobiernan las nulidades procesales y el desistimiento de la demanda, en especial con el artículo 342 del C. de P.C. y con la norma que hace anulable el proceso cuando se revive éste estando legalmente concluido (artículo 152 numeral 4, hoy 140, num. 3 del Decreto 2282 de 1989). Norma aquella que aplicada en el *sub-judice* deja ver que luego del desistimiento aceptado al señor Davier de J. Zabala Zapata, se produjo el fenómeno de la cosa juzgada en relación con éste y el proceso correspondiente no podía continuar y menos acumularse.

Esto podría aceptarse, como aceptable podría ser la salida del tribunal al no valorar las pruebas practicadas en el proceso 20.346, si esa posición no tuviera un fondo de contradicción, porque si no podía iniciarse el proceso 20346 bajo ningún pretexto y ni siquiera continuar después del desistimiento ya que el señor Davier Zabala había formulado las mismas pretensiones en la demanda del proceso 19.200, no debe aceptarse que lo actuado en aquél y viciado de anti-procesalismo pueda favorecer a otros demandantes diferentes involucrados en éste, y en el cual ya no figuraba el mencionado señor.

Comparte sí la Sala la crítica que el tribunal hace a la conducta de la parte, la que ciertamente deja que desear.

Con la lógica de lo expuesto, deberá declararse la inexistencia del proceso 20.346 por antiprocesalismo. Y con esa misma lógica deberá estudiarse el fondo del asusto en relación solo con la demanda actuada dentro del proceso 19.200 y con sus pruebas.

Dentro de esta perspectiva, similar a la manejada por el *a-quo*, se pregunta la Sala: Resultaron dentro del proceso 19.200 demostrados los supuestos de la responsabilidad?

La respuesta es afirmativa. En el *sub-judice* se dan los supuestos de la falla presunta del servicio. El señor Zabala Z., murió durante un procedimiento poli-

civo insensato y a causa de los disparos hechos por los agentes del orden, con sus armas de dotación oficial, en horas de servicio.

Esta Sala ya en repetidas ocasiones ha tenido oportunidad de precisar los lineamientos de esta tesis doctrinaria y jurisprudencial. Así, en la sentencia de 31 de julio de 1987 (proceso 2852, Jorge Arturo Herrera Velásquez), se indicó:

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

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

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

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

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

"En efecto, dicha causal implica que el hecho causante del daño no es imputable al ente demandado, sino que, por el contrario, lo es a un com-

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

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

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

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

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

La falla presunta y el caso concreto.

1o. El hecho causal está plenemente establecido. El acervo probatorio permite afirmar que el señor Zabala Zapata murió a causa de los disparos hechos por los agentes Mendoza, Ospina y que intervinieron en el procedimiento. Procedimento a todas luces irregular que ni siquiera los policías que intervinieron en él pudieron justificar o explicar, ya que el señor Zabala no se enfrentó con ellos, no estaba haciendo escándalo ni siquiera estaba en estado de embriaguez y más aún, en esos momentos salía del pueblo hacia su finca. Aquí gana fuerza la versión repetida por varios testigos, que el cabo segundo José Henry Mendoza S., en estado de embriaguez desató la tragedia luego de que el hoy occiso, cansado de las contínuas extorsiones de aquel, se negó a seguir pagando por la tenencia de un revólver que tenía amparado con salvoconducto oficial.

Dejan ver los testigos que los agentes, en especial el cabo Mendoza, estuvieron ingiriendo licor durante esa tarde y que durante los incidentes dispararon repetidas veces con armas de dotación.

La versión de la legítima defensa de los agentes, por el ataque a tiros de que fueron víctimas por parte de Zabala y de su trabajador Francisco Chavarría Mora, no pasó de ser un montaje para justificar su torpe accionar. Tan cierto es esto que el proceso por homicidio seguido contra esta último por la muerte de aquel término con sobreseimiento definitivo.

En dicho proceso se puso en evidencia algo que se establece también en este: Chavarría Mora empezó a disparar al ver a su patrón en el suelo y herido y cuando los policías seguían disparando contra ellos y ya habían matado su cabalgadura. Todo da a entender que intentó defender su vida y la del señor Zabala.

Son contestes los testigos en afirmar que éste no agredió a la policía, que no opuso resistencia a sus procedimientos y que cuando recibió el disparo que lo tumbó al suelo ya salía para su finca, entre otras razones, porque el cabo, ya embriagado, lo acosaba por dinero para no quitarle el revólver, el que precisamente estaba amparado. Coinciden los testigos en la extorsión de que estaba siendo objeto el señor Zabala.

La afirmación de que Zabala había disparado dos veces antes de morir hecha por la policía, carece de respaldo probatorio y está en abierta contradicción con otros testimonios. Además, se pregunta la Sala, por qué ante la insistencia de que el señor Zabala había disparado dos veces, no se le hizo la prueba del guantalete de parafina? Por qué se afirma en la diligencia de levantamiento del cadáver, hecha en el Centro de Salud, que en su mano derecha se le encontró el revólver No. 2D 70481, amparado con salvoconducto de la 4a. Brigada de Medellín, cuando se sabe que el revólver le fue retenido al occiso en el lugar de los acontecimientos?

Cree la Sala que todo esto obedeció al mismo montaje y muestra falta de objetividad en el funcionario que cumplió la diligencia. Por qué afirma igualmente

el Alcalde de la localidad que el orificio parecía de arma corta o revólver? No sería porque la policía que intervino disparó con carabinas? En este mismo orden de ideas no deja de ser sospechosa la nota secretarial que obra en el anexo No. 1 del proceso 19.200, en la cual el secretario de la alcaldía adiciona, mediante constancia, el auto dictado por el citado alcalde, en el sentido de afirmar que el revólver tenía seis proyectiles, dos de ellos disparados. Por qué, entonces, afirman varios testigos que cuando el agente recogió el revólver y lo abrió, manifestó que estaba completo y sin disparar?

La embriaguez de los uniformados en horas de servicio y el uso de las armas oficiales en forma innecesaria en momentos que no lo justificaban, configuran la falla del servicio. Falla que aquí se enfoca como presunta, pero que también podría, con mayor esfuerzo, evaluarse como probada.

La autoría de la muerte en cabeza de los uniformados no deja duda. Los mismos agentes Gerardo Antonio Ospina E. y Luis Fernando Taborda O., que actuaron en el procedimiento, así lo dan a entender en sus declaraciones que, aunque sospechosas por la defensa débil que hacen de su conducta, en esto coinciden. También es curiosa la versión hecha por los dos agentes cuando afirman que tan pronto dispararon al aire para detener a los fugitivos Zabala y Chavarría el primero cayó del caballo. Curiosa coincidencia que no dejó huellas en el cuerpo de Zabala, luego de esa supuesta caída a toda velocidad, en una calle empedrada.

2o. La administración no logró acreditar ninguna causal exculpativa.

No aparece probado en el expediente que el actuar administrativo estuvo exento de toda culpa; que estuvo encuadrado en las normas que señalan y delimitan la conducta estatal en casos semejantes. Todo lo contrario, el acervo probatorio muestra lo irregular del procedimiento; irregularidad que fue la causa directa de la tragedia y que pudo evitarse si los agentes hubieran estado conscientes de que su misión era proteger y salvaguardar la vida de los demás.

No existe prueba, entonces, de que el proceder administrativo fue tan prudente y diligente que el perjuicio ocasionado con el arma de dotación oficial no puede imputársele a falta suya. Nadie puede ignorar que "pesa sobre las Fuerzas Armadas una obligación de extrema prudencia y diligencia en relación con el porte y uso de las armas". (Sentencia de 27 de abril de 1989, de esta misma Sala).

Tampoco se puso en evidencia el hecho o culpa de la víctima. Antes, por el contrario, ésta trató de evitar el encuentro con la policía y por eso quiso irse temprano, ese día, para su finca. Todo da a entender que los agentes buscaron evitar que se fueran, hasta el punto que empezaron a disparar cuando Zabala y Chavarría ya iban de salida.

El hecho del tercero (la intervención armada de Chavarría) no puede tomarse como eximente, porque todo da a entender que éste empezó a disparar cuando ya

su patrón estaba en el suelo gravemente herido. Tan cierto es esto que la investigación penal que se le siguió por muerte del cabo Mendoza, terminó con sobreseimiento definitivo.

Configurada la falla presunta y no evidenciada ninguna causal de exoneración, la responsabilidad del ente público resulta clara. La muerte del señor Zabala produjo serios perjuicios a los demandantes y deberán ser resarcidos. En primer término, su cónyuge supérstite, señora Martha Elena o Marta de Fátima Pino de Zabala y sus hijos menores Jhonn Hader, Yorledy, Eliana María, Wilmar Arlés y Darío Hernán Zabala, deberán ser indemnizados con el máximo reconocido por la jurisprudencia por concepto de perjuicios morales, o sea con el equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno. Su hermana Gudiela Amparo Zabala Z. tendrá derecho a 500 gramos oro, ya que los testigos declaran que vivía con su hermano, luego de que quedó viuda del señor Iván de Jesús Zapata Villegas y sin medios de subsistencia. No se reconocerá, siguiendo la orientación jurisprudencial, indemnización alguna a favor de los demás hermanos del señor Gabriel Haracio Zabala Z. porque no se probaron los supuestos de convivencia, mutua ayuda y colaboración. Tampoco habrá condena a favor de los sobrinos, hijos de la señora Gudiela, porque no se estableció debidamente la justificación para que la ayuda que se dice les brindaba su tío debía continuar con prescindencia de los demás familiares legalmente obligados a suministrarles alimentos.

Se condenará igualmente a la Nación al pago de perjuicios materiales a favor de su cónyuge y de sus hijos menores.

Para determinar esa indemnización se tendrán en cuenta las siguientes pautas:

a) Deberá demostrarse el ingreso mensual del cónyuge fallecido a la fecha de su muerte. Para el efecto, y como según el expediente sus rentas eran mixtas (de capital y de trabajo) sólo podrá tomarse como base la última. Es obvio, porque el capital quedó de la cónyuge y sus hijos según las reglas de la sucesión. Para esa demostración deberá traerse la copia de la declaración de renta correspondiente a los dos años anteriores (1983 y 1984). De no existir estos documentos el ingreso deberá probarse por otros medios. De lo contrario, la liquidación tendrá que hacerse con el salario mínimo.

b) De ese ingreso mensual (que no podrá exceder de $120.000.oo, según las voces de la demanda) se descontará un 25% que se presume gastaba el señor Zabala en su propia subsistencia. El resto se distribuirá así: 50% para la cónyuge supérstite y el resto, para los hijos.

c) Para efectos de la liquidación se tendrán en cuenta dos períodos: el vencido, desde el 24 de junio de 1984 y hasta la ejecutoria de esta sentencia; el futuro o anticipado, desde esta ejecutoria hasta la vida probable de la cónyuge sobreviviente y hasta la mayoridad de los hijos menores.

d) Como se pidió la actualización de la condena, las fórmulas para la indemnización se trabajarán con Ra (ingreso mensual actualizado); extremo que surgirá de la fórmula $Ra = r \frac{ind.f}{ind.i}$; de donde, ind. f índice de precios a la fecha de la ejecutoria del fallo e ind. i o índice inicial, a la fecha de la tragedia. Con esta aclaración la fórmula para el primer período será $S = Ra \frac{(1+i)^{n-1}}{i}$ y para el segundo $S = Ra \frac{(1+i)^{n-1}}{i(1+i)^n}$.

Por la expuesto y de acuerdo con la fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombrer de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 1o. de diciembre de 1989, dictada por el tribunal administrativo de Antioquia. En su lugar se dispone:

1. Declárase la inexistencia, por antiprocesalimso, del proceso iniciado por el señor Davier de Jesús Zabala Zapata.

2. Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Defensa Policía Nacional) por los perjuicios causados con la muerte del señor Gabriel Horacio Zabala Zapata.

3. En consecuencia, condénase en concreto a la citada entidad a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades en gramos oro, por su equivalencia en pesos, así: a MARTHA ELENA O MARTHA DE FATIMA PINO DE ZABALA, cónyuge sobreviviente, y a sus hijos menores JOHNN HADER, YORLEDY, ELIANA MARIA, WILMAR ARLES Y DAIRO O DARÍO HERNAN ZABALA PINO, de a 1.000 gramos oro para cada uno, a GUDIELA AMPARO ZABALA VDA. DE ZAPATA 500 gramos oro.

Condénase igualmente a la misma entidad, en abstracto, a pagar perjuicios materiales a la señora Martha Elena o Martha de Fátima y a sus hijos menores, según las pautas indicadas en la motivación.

La liquidación se hará por el trámite incidental señalado en el artículo 137 del C. de P. C. y deberá presentarse a más tardar dentro del término de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

4) Las condenas deberán pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. La relacionada con perjuicios morales a partir de la ejecutoria de este fallo y la atinente a los materiales a partir de la ejecutoria del auto que los liquide.

A partir de tales ejecutorias empezarán a correr los intereses señalados en la ley (comerciales durante seis meses y moratorios luego).

5) Deniéganse las demás súplicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 14 de marzo de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

LIQUIDACION DEL CONTRATO/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto. Se pueden presentar varias hipótesis: a) Si las partes liquidan de común acuerdo y el acta se suscribe sin salvedades, en principio, no podrá impugnarse jurisdiccionalmente, salvo que haya habido un vicio en el consentimiento de una de las partes que intervino en el convenio; b) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo. En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva. Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible; c) Puede suceder que el contratista no comparezca a la liquidación o se niegue a suscribir el acta por tener objeciones en cuanto a su contenido. Aquí, la administración tendrá que liquidar el contrato mediante resolución motivada, o sea por acto administrativo. En esta hipótesis, como la lesión al contratista la produce dicho acto, para efectos del resarcimiento deberá pedirse expresamente su nulidad; petición que no convierte esta acción en una de restablecimiento, porque su índole estrictamente contractual no se pierde con la existencia de la aludida resolución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 6053. Actor: Eduardo Ojeda Avila.

Se procede a resolver el grado de consulta de la sentencia de fecha junio 25 de 1989, mediante la cual el tribinal administrativo de Sucre resolvió lo siguiente:

"1o. Declárase a la entidad EMPRESAS DE OBRAS SANITARIAS DE SUCRE LTDA. EMPOSUCRE, obligada a pagar al Contratista EDUARDO OJEDA AVILA, el saldo del reajuste de las obras pactadas en el CONTRATO No. 011-06-84 BIRF III-OC de fecha 4 de julio de 1984.

"2o. Como consecuencia de lo anterior, la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SUCRE-EMPOSUCRE LTDA., adeuda al Contratista EDUARDO OJEDA AVILA, la suma de $7'747.539.58,oo (sic), más los intereses corrientes desde el día 28 de noviembre de 1986, fecha de entrega de la obra, hasta cuando se haga la liquidación respectiva.

"3o. Condénase a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SUCRE-EMPOSUCRE LTDA., a pagar al Contratista EDUARDO OJEDA AVILA, los perjuicios que le ocasionó la parálisis de las obras durante un (1) año y diecisiete (17) días.

"4o. Condénase a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SUCRE-EMPOSUCRE LTDA., a pagar al Contratista EDUARDO OJEDA AVILA, por concepto de reajustes pendientes hasta el mes de septiembre de 1986, por la suma de $3'404.080.42, de $1'203.088.96, por concepto de reajustes pendientes hasta julio de 1987, de conformidad a lo establecido en el Art.86 del Decreto 222 de 1983.

"5o. Condénase a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS SUCRE-EMPOSUCRE, a pagar la Contratista EDUARDO OJEDA AVILA, por concepto de valor insoluto de las Actas de recibo parciales de la obra Nos. 10 y 13, las sumas de $303.795.26, más $2'617.279.90, respectivamente, más los intereses corrientes y de mora certificados por la Superintendencia Bancaria, más los respectivos reajustes, de conformidad con el Art. 86 del Decreto 222 de 1983, así como la actualización de ellas, tal como lo señale el índice de la devaluación monetaria, certificada por el Banco de la República.

"6o. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

"7o. Se dará cumplimiento a lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"8o. Tiénese al doctor BERTULFO E. MENDOZA GOMEZ, abogado titulado con T.P. No. 27.486 del Ministerio de Justicia, como apoderado especial en este proceso, de la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE SUCRE-EMPOSUCRE LTDA., en los términos y extensiones conferidas por su Gerente SIXTO TULIO VERGARA MOLINA, en el poder que corre en autos.

"9o.Ejecutoriada esta providencia (Art. 173 C.C.A.), comuníquese con copia íntegra de su texto, para su ejecución y cumplimiento, al Ministro de Salud Pública, al Gerente o Liquidador de la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Emposucre Ltda., y al tesorero o pagador de la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre, respectivamente.". (fls. 165-167 Cdno. No.1).

En la demanda se solicita se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: La suma de $2.617.279.90, por concepto del valor insoluto del Acta No. 13 de Recibo Parcial de Obra, más los intereses corrientes y de mora certificados por la Superintendencia Bancaria, más los reajustes en los términos del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, más la actualización de esas sumas conforme a la tabla o índice de devaluación de la moneda certificado por el Banco de la República.

"SEGUNDA: La suma de $1.685.533.33, por concepto del Acta de Reajuste No. 5, más los intereses corrientes y de mora certificados por el Banco de la República, más los Reajustes en los términos del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, más la actualización de esas sumas conforme la tabla o índice de devaluación de la moneda certificado por el Banco de la República.

"TERCERA: La suma de $1.692.286.57, por concepto del Acta de Reajuste No. 6, más los intereses corrientes y de mora certificados por la Superintendencia Bancaria, más los Reajustes en los términos del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, más la actualización de esas sumas conforme a la tabla o índice de devaluación de la moneda certificado por el Banco de la República.

"CUARTA: La suma de $3.404.080.42, por concepto de reajustes pendientes e insolutos hasta el mes de septiembre de 1986 de varias Actas de Recibo Parcial de obra, en los términos del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, para lo cual debe tenerse en cuenta el estudio o liquidación de que trata el HECHO 38 de la demanda.

"QUINTA: La suma de $1.203.088.96, por concepto de reajustes pendientes e insolutos hasta julio de 1987 de varias Actas de Recibo Parcial de obra, en los términos del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, para lo cual debe tenerse en cuenta el estudio o liquidación de que trata el HECHO 38 de la demanda.

"SEXTA: La suma que corresponda por concepto de reajustes de los valores de las Actas de Recibo Parcial de Obra no pagadas oportunanente, liquidados a partir del mes de julio de 1987 en adelante, en los términos del artículo 86 del Decreto 222 de 1983, en la misma forma en que se liquidaron los reajustes del estudio de que trata el HECHO 38 de la demanda.

"SEPTIMA: La suma de $4.756.400.oo por concepto de sueldos del personal técnico relacionado en el HECHO "31" de la demanda, correspondiente al lapso de suspensión de las obras, conprendido entre el 19 de febrero y el 19 de octubre de 1985 y entre el 5 de octubre de 1985 y el 20 de enero de 1986 y entre el 21 de enero y el 12 de septiembre de 1986.

"OCTAVA: La suma de $3.029.480.oo, por concepto de prestaciones sociales del personal técnico y por el lapso de suspensión de las obras de que trata la petición anterior.

"NOVENA: La suma de $43.195.360.oo por concepto del costo del Equipo del Contratista que permaneció disponible durante los 18 meses 27 días de la suspensión de las obras y que constituye lucro cesante, de acuerdo con la liquidación de que trata el HECHO "32" de la demanda.

"DECIMA: El valor de los intereses corrientes y de mora certificados por la Superintendencia Bancaria y el porcentaje de devaluación de la moneda de acuerdo con la tabla o índice de devaluación certificado por el Banco de La República, liquidados sobre la suma de $43.195.360.oo, que corres-ponde al lucro cesante del Equipo conforme a la petición que antecede.". (fls. 10-11 Cdno No.1).

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

El 4 de julio de 1984, el ingeniero civil Eduardo Ojeda Avila, celebró el contrato 011-06-84-BIRF-III-OC, con la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre Limitada- Emposucre, cuyo objeto era "La instalación de tubería y accesorios de presión tipo A.CC.P de 024" y de válvula de purga y ventosas; construcción de anclaje y obras de arte para la Conducción Hidráulica entre el tanque de recolección y almacenamiento de Corozal y la estación de rebombeo del Acueducto de Sincelejo. (fl. 3 C 1). Emposucre es una entidad pública constituida por escritura pública No. 1416 de 30 de junio de 1977, de la Notaría 13 del Círculo de Bogotá, y reformada por escritura pública No. 285 de 6 de marzo de 1985, de la Notaría la. del círculo de Sincelejo.

El valor del contrato se pactó en $24'382.686.70, más el de las obras extras o adicionales autorizadas y los reajustes de acuerdo con la cláusula de ajuste de precios.

El término del contrato era de 7 meses contados a partir del 19 de julio de 1984, según comunicación del contratante fechada el 4 de julio de 1984.

El contrato principal fue adicionado según convenios 1, 2 y 3 del 18 de febrero, 17 de mayo y 16 de julio de 1985, respectivamente, por imposibilidad de la contratante de entregar los terrenos donde se adelantaría el proyecto libre de perturbaciones. Además fue suspendido en 2 oportunidades, la primera por el rediseño de la obra, ocasionado por problemas de servidumbres (Acta de 5 de

octubre de 1985) y la falta de pago de algunas actas; y la segunda por el racionamiento permanente de agua lo que imposibilitaba las pruebas Hidraúlicas y de presión de conducción y la falta de algunos acoples (Acta de 31 de enero de 1986).

En total debido a las prórrogas y las suspensiones el contratista tuvo que permanecer en la obra un tiempo adicional de 18 meses y 27 días; lo que le ocasionó gastos en salarios y prestaciones del personal por $7'785.880.oo y por equipo la cantidad de $43'195.360.oo.

Fuera de lo visto la contrante adeuda al contratista lo siguiente:

Acta No.10 recibo parcial de obra, saldo de	$ 303.775.26
Acta No.13 recibo parcial de obra,	$2.617.279.90
Acta No. 5 de reajuste	$1.685.533.33
Acta No. 6 de reajuste	$1.692.286.57
Reajustes liquidados pendientes de pago	$4.607.169.38

El contrato se liquidó en forma definitiva según acta de 28 de noviembre de 1986 y en ella SE DEJO constancia por parte del contratista de su inconformidad con los pagos allí previstos.

El *a-quo* accede parcialmente a las súplicas de la demanda, fundamentado en una valoración imprecisa y enredada de las pruebas aportadas al proceso.

La representante del Ministerio Público solicita se confirme parcialmente la sentencia, pues considera que ella se debe modificar en los siguientes puntos:

"El numeral 2° en cuanto que el valor del saldo del reajuste al cual se condena en el numeral 1°, no es el que corresponde a la totalidad de las actas de reajuste, sino sólo al de las actas Nos. 5 y 6, es decir a las sumas de $1.685.533.33 y $1.692.286.57 respectivamente.

"El numeral 3° en cuanto que la condena debe limitarse a los perjuicios ocasionados al contratista en razón de la parálisis de las obras únicamente por el término de las prórrogas acordadas en los tres contratos adicionales y la suspensión de la obra pactada en el acta del 5 de octubre de 1985.

"En el numeral 5° no debe incluirse el valor de $303.795.26 correspondiente al saldo del acta No. 10.

"Los demás numerales del fallo consultado deben confirmarse.". (folio 230 Cdno. No. 1).

SE CONSIDERA:

Se recuerda, para evitar equívocos con el sentido de esta decisión, que el presente asunto se conoce en el grado juridiccional de consulta; vale decir, que esta Sala no podrá hacer mas gravosa la condena impuesta a la entidad demandada por el *a-quo*. Esta conclusión tiene su respaldo legal en el artículo 184 del C.C.A., ya que la consulta se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable para la entidad pública.

En estas condiciones sólo podrán ser objeto de análisis las condenas que figuran en los numerales 2, 3, 4 y 5 de la sentencia consultada; y así lo entendió correctamente la señora fiscal de la Corporación cuando solicitó la reforma de la sentencia con el alcance anotado atrás, en la transcripción que precedió a esta parte considerativa.

Antes de pasar al estudio de fondo de la sentencia, estima la Sala que debe hacer algunas precisiones:

Muestra el expediente que el contrato aquí cuestionado se liquidó definitivamente mediante acta de 28 de noviembre de 1986, con la intervención de las partes contratantes y de funcionarios vinculados al proyecto (a folios 75 y ss. del Cdno. Ppal).

También muestra el documento contentivo de esa liquidación que el contratista Eduardo Ojeda Avila suscribió el acta con un pliego de objeciones "el cual hace parte de la presente acta", según se lee textualmente en el literal F de las constancias (a folio 77). Constancias que se transcriben, para una mejor comprensión del asunto. Dicen:

> "En este estado las partes firmantes dejan las siguientes constancias: A) Que la obra fue entregada a entera satisfacción por parte del contratista, y recibida de la misma forma por parte de EMPOSUCRE LTDA. por conducta del Interventor Ingeniero FRANK RODRIGUEZ PEREZ. B) Que en esta Acta están incluidos los valores de toda la obra ejecutada. C) Que no se le impusieron multas al contratista. D) Que para efectos de la presente liquidación, según lo estipulado en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato, se presentaron los siguientes documentos: 1) Póliza de estabilidad de la Obra. 2) Póliza de pago de salarios y prestaciones sociales. 3) Acta de recibo final de obra. 4) Certificación del Tesorero de EMPOSUCRE LTDA. donde conste que el Contratista se encuentra a Paz y Salvo por concepto de Amortización del Anticipo. 5) Certificación del Almacenista de la Empresa, donde consta que el Contratista se encuentra a Paz y Salvo con esa dependencia. E) Que el Contratista hizo entrega total de la obra dentro del plazo estipulado. F) El Contratista Eduardo Ojeda Avila presentó un estudio sobre reajustes e indemnizaciones con el objeto de que le sean reconocidos y pagados dichos valores antes de la Liquidación Definitiva del Contrato, el cual hace parte de la presente Acta. G) EMPOSUCRE LTDA. y la Inter-

ventoria consideran que la presente liquidación cuyo valor total de la obra ejecutada más reajustes asciende a la suma de $29.969.161.16 es la correcta y definitiva por tanto no están de acuerdo con la reclamación presentada por el Contratista.".

Aparece igualmente en el expediente el documento de objeciones elaborado por el contratista (a folios 95 y ss.). En dicho documento no se habla sino del valor total de los reajustes pendientes a noviembre 25 de 1986, o sea $3'404.080.42; de las sumas pendientes de pago por $9'702.975.45 incluída la primera cantidad, relacionadas con el saldo del acta No. 10 ($303.795.26); acta No.13 ($2.617.279.90); reajustes actas No. 5 y 6 ($1.685.533.33 y $1.192.286.57); y reajustes pendientes de pago hasta julio 87 por $ 1.203.088.96.

Se hace el recuento precedente para entender el sentido de los siguientes hitos jurisprudenciales ya reiterados:

a) Ordinariamente los contratos de obra pública y de suministro deberán liquidarse a su terminación normal o anormal, para definir quién debe a quién y cuánto.

b) Si las partes liquidan de común acuerdo y el acta se suscribe sin salvedades, en principio, no podrá impugnarse jurisdiccionalmente, salvo que haya habido un vicio en el consentimiento de una de las partes que intervino en el convenio.

c) Si el acta se suscribe con salvedades, el debate jurisdiccional será posible, pero sólo en lo que fue materia de desacuerdo.

En este evento, no habrá que pedir la nulidad del acta respectiva.

Se entiende sí que en lo que no hubo desacuerdo el acta permanecerá intangible.

d) Pero puede suceder que el contratista no comparezca a la liquidación o se niegue a suscribir el acta por tener objeciones en cuanto a su contenido. Aquí, la administración tendrá que liquidar el contrato mediante resolución motivada, o sea por acto administrativo. En esta hipótesis, como la lesión al contratista la produce dicho acto, para efectos del resarcimiento deberá pedirse expresamente su nulidad; petición que no convierte esta acción en una de restablecimiento, porque su índole estrictamente contractual no se pierde con la existencia de la aludida resolución.

El caso *sub-judice*, como se infiere de lo expuesto, encaja precisamente en la hipótesis expuesta en el literal c. En este orden de ideas, el contratista no podía discutir sino lo que fue objeto de constancias o salvedades; extremos que fueron señalados atrás. Además, tampoco puede olvidarse que la sentencia del tribunal, en lo que fue favorable para la entidad pública, no podrá ser objeto de análisis

en esta oportunidad. En otros términos, no podrán considerarse las pretensiones que fueron denegadas y que quedaron comprendidas en el ordinal 6° de la sentencia.

Así, visto el *petitum* en relación con dicho ordinal y con las constancias dejadas por el contratista, fueron denegadas las pretensiones séptima, octava, novena, décima, y undécina. Expresamente el *a-quo* denegó estas cuatro últimas, con la siguiente reflexión:

> "Lo que se ha dicho favorablemente respecto a las pretensiones del actor y que han sido materia de estudio, no se puede decir lo mismo de las otras, por falta de poder demostrativo, pues las simples afirmaciones que se plantean en la demanda, sin respaldo probatorio, no dan convicción plena o completa que sirve de fundamento y pueda decidirse con certeza sobre hechos del proceso, susceptibles de controversia ya que conforme al artículo 174 del C. de P.C. toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, que por cierto no existe ninguna que demuestre que el personal que se vinculó a la obra hubiese permanecido en disponibilidad de labores durante el tiempo de suspensión de las obras, destacándose el caso del Ingeniero residente Luigi Salemi N. que según el certificado expedido por Inés de Vásquez, administrador de personal de la Internacional Colombia Resource Corporation de Barranquilla, era empleado de esa compañía desde el 6 de marzo de 1985, en el cargo de Supervisor 2o. de primera línea, fecha en que precisamente estaban suspendidas las obras.
>
> "De igual manera, tampoco existen pruebas de que la maquinaria relacionada en el acápite 16 del libelo, hubiese estado en condiciones de prestar servicio durante la suspensión de las obras."

La pretensión relacionada con la suspensión de las obras durante un año y 17 días no sólo no aparece en el *petitum*, sino que no fue objeto de constancia o reparo alguno por el contratista al suscribir el acta de liquidación final.

Sobre las restantes pretensiones se anota, en el orden presentado en la demanda:

1. Se solicita en dicho escrito que se ordene el pago de la suma de $303.795.26 "por concepto de saldo insoluto del acta No. 10 de recibo parcial de obra (folio 10 C. 1).

En la liquidación final (folio 76 C. 1), se hizo una relación de las actas de recibo parcial de obra y en ella solamente aparece un asterisco en la número trece, llamado que según se lee más abajo significa que el valor correspondiente a dicha entrega no había sido pagado a la fecha de elaboración del documento (28 de noviembre de 1986); por lo tanto, como en el renglón correspondiente al acta No. 10 no se hace ninguna anotación, ha de entenderse que el pago sí se hizo y que esta pretensión no podrá ser reconocida. Además, si el saldo realmente está

insoluto debió probarlo la parte actora y a ese respecto su simple afirmación no es prueba suficiente.

2. Se solicita también el pago de la suma de $2.617.279.90 "por concepto del valor insoluto del acta No.13 de recibo parcial de obra" (fl. 10 C. 1).

Efectivamente se aprecia en la liquidación (fl.76 C. 1) que frente al renglón correspondiente al acta No. 13, aparece una advertencia que da a entender que el valor correspondiente no ha sido pagado a la fecha; por lo tanto, como es un reconocimiento hecho por la misma parte demandada en documento público que lo permite, se ordenará cancelar el pago respectivo, con las precisiones que se indicarán más adelante.

3. Igualmente se pide el pago de la suma de $1'685.533.33 "por concepto del acta de reajuste No. 5" (fl.10 C. 1).

En la liquidación final (fl. 76 C. 1) se dejó expresa constancia de que su valor no había sido cancelado al contratista; por lo tanto, se ordenará su pago con las precisiones que se harán luego.

4. Los mismos razonamientos del punto anterior son valederos para decretar la condena pretendida en el ordinal cuarto del *petitum* (fl. 10 C. 1).

5. En el numeral 5° del *petitum* se solicita el pago de la suma de $3.404.080.42, "por concepto de reajustes pertinentes e insolutos hasta el mes de septiembre de 1986 de varias actas, de recibo parcial de obra" (fl. 10 C. 1).

Este pedimento no tiene ningun respaldo probatorio, pues a él no se hace mención ni en el acta de liquidación final, (fls.75 y ss. C.1), ni en el acta de recibo final de obra (fls.72 y ss. C.1). Si bien es cierto a ellos se hace referencia en los documentos que obran a fls. 95 a 98 del C. 1, éstos aparecen suscritos únicamente por el demandante y en ellos no hay constancia de ninguna intervención de la demandada y ni siquiera del interventor de la obra. Además la solicitud es muy imprecisa y no existe ninguna otra pieza procesal que demuestre los distintos extremos necesarios para su reconocimiento.

Por lo anterior, no se accederá a este pedimento.

Con los mismos argumentos que se dejan expuestos, no podrá aceptarse la condena hecha por $1.203.088.96, (pretensión sexta) por concepto de reajustes pendientes e insolutos hasta julio de 1987. No existe prueba alguna que los respalde. El solo documento a que se hizo mención no puede ser suficiente para tal efecto. Tampoco existe respaldo alguno para la pretensión séptima, la que además, no podrá estimarse porque no fue materia de objeción al acto de liquidación definitiva.

Finalmente la Sala observa que el tribunal fue bastante ligero en la apreciación de la demanda, por no decir descuidado. La parte resolutiva es incongruente e imprecisa. Empieza condenando a Emposucre por el saldo de unos reajustes, pero no precisa sobre qué actas, desde cuándo y con base o apoyo en qué documentos o pruebas.

En el ordinal 2° se impone condena por $7'747.539.58 como valores adeudados por reajuste de las actas 1 a 6, cuando el mismo contratista en escrito de objeción o reclamo no solicitó sino los reajustes de las actas 5 y 6 por $1'685.533.33 y $l'692.286.57, respectivamente.

En el ordinal 3° condena a Emposucre por los perjuicios que le ocasionó al contratista la paralización de la obra por un año y 17 días, pero lo hace por una simple presunción; presunción que prácticamente queda sin piso al negar el mismo tribunal no sólo el pago de trabajadores durante ese lapso de suspensión, sino los costos de paralización del equipo. Además, como se dijo atrás, al objetar la liquidación el contratista no alegó esta circunstancia como causante de perjuicios.

Todo lo anterior muestra que el presente asunto presenta serios vacíos probatorios que impiden a esta sala acoger otras pretensiones. Fuera de que al no apelar el contratista, no sólo se contentó con la condena impuesta por el *a-quo,* sino que autolimitó seriamente sus aspiraciones. Olvidó la parte demandante que la consulta tiene unos alcances muy limitados y que está instituida u opera únicamente en favor de la entidad pública condenada.

Lo anterior nuestra que la condena tendrá que reducirse a los siguientes extremos: $2'617.279.90 por concepto del valor insoluto del acta No.13; suma ésta que se adeuda desde el 14 de febrero de 1986; $l'685.533.33 y $l'692.286.57 por concepto del reajuste de las actas No. 5 y 6 ; sumas debidas desde el 1o. de octubre y el 1o. de noviembre de 1985, respectivamente.

Estas sumas deberán actualizarse con sujeción a la variación de los índices de precios al por mayor que certifique el Banco de la República, con referencia, en su orden, a los siguientes meses: febrero de 1986, para la primera; septiembre de 1985, para la segunda y octubre del mismo año para la última. La fórmula aplicable será: $Vp = vh \frac{ind.f.}{ind.i.}$; de donde Vp, el valor presente o actualizado que se busca; vh o valor histórico, correspondiente a cada uno de los valores señalados atrás; ind. f. o índice final certificado a la fecha de ejecutoria de este fallo; e ind. i. o índice inicial el correspondiente a las fechas indicadas en el párrafo precedente.

Como lucro cesante, los valores históricos indicados devengarán intereses a la tasa del 6% anual. Como se ordenó la revaluación de la condena, este lucro no podrá liquidarse con intereses comerciales, porque éstos llevan en su seno la corrección monetaria.

Por lo expuesto y de acuerdo en lo fundamental con la fiscal 2a. de la Corporación, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

FALLA:

1. Confírmase parcialmente la sentencia de 23 de junio de 1989, dictada por el tribunal administrativo de Sucre, la que quedará así:

2. Declárase responsable a la Empresa de Obras Sanitarias de Sucre -Emposucre Ltda. de los perjuicios causados al Ingeniero Eduardo Ojeda Avila, con motivo del contrato 011-06-84 -BIRF III-OC.

3. En consecuencia condénasele, en concreto, a pagar al mencionado profesional la suma de $5.995.352.80; suma que deberá actualizarse siguiendo las pautas indicadas en la motivación. La condena se hace en concreto porque bastará acompañar la cuenta de cobro con la certificación de los índices de precios en las fechas indicadas atrás y en relación con cada una de las partidas que conforman el valor indicado en este numeral.

El valor histórico indicado devengará intereses a la tasa del 6% anual, a partir de la fecha de las partidas que lo conforman.

4. El pago de esta condena deberá hacerse con sujeción a los artículos 176 y 177 del C.C.A.; y devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo y moratorios luego.

5. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme regrese al tribunal de origen.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 14 de marzo de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

DERECHOS DE AUTOR/ PROPIEDAD INTELECTUAL/ FALLA DEL SERVICIO/ ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia/ **EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**

Considera la Sala que la competencia para definir este tipo de conflicto de reparación directa o responsabilidad extracontractual radica en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No podrá sostenerse válidamente que esa inscripción sea constitutiva del derecho de propiedad. Este nace desde su creación intelectual y hasta que se extinga por los medios legales. Para su dueño merece la protección de las autoridades por mandato de la Constitución. Los artículos 52, 87 y 88 de la Ley 86 de 1946 interpretados así, son inaplicables en la presente controversia por ser inconstitucionales. Se hace esta aseveración con apoyo en el artículo 215 de la C.N.

La utilización de la obra, sin la autorización de su autor, le produjo perjuicios a éste y violó claramente los mandatos contenidos en los artículos 11 y 50 de la Ley 86 de 1946 vigente a la sazón, y citados por el actor. El perjuicio para el actor se infiere no sólo de la reproducción no autorizada de la obra, sino también de la omisión de su nombre en el cuerpo de las estampillas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., marzo dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 3060.-Indemnizaciones.- Actor: Francisco Eladio Gómez (Agente oficioso de Sergio Sierra Doval).

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia.

El señor Sergio Sierra Doval, mediante apoderado idóneo, demanda a la Administración Postal Nacional y al Instituto Nacional de Salud para que se declare su responsabilidad por la emisión de la estampilla conmemorativa del nacimiento del Doctor Federico Lleras Acosta, en la cual en forma irregular y sin derecho alguno se reprodujo parte de un cuadro pintado por él. Solicita, como consecuencia, que se les condene al reconocimiento de los perjuicios de todo orden causados por tales hechos.

Como hechos, narra en síntesis:

a) Que el 27 de septiembre de 1977 la Administración Postal dio al servicio una emisión postal conmemorativa del centenario del nacimiento del Doctor Federico Lleras Acosta.

b) Que tal emisión se hizo por un millón de estampillas para el correo aéreo y con un valor por unidad de $5.oo.

c) Que en la estampilla se reprodujo, como motivo, parte del retrato que días atrás había pintado el maestro Sierra del profesor Lleras Acosta; retrato que estaba en poder del Instituto Nacional de Salud.

d) Que ni la Administración Postal ni el Instituto obtuvieron ni solicitaron autorización para reproducir dicha obra en las estampillas citadas.

e) Que en dicha reproducción ni siquiera se citó el nombre del autor.

f) Que hasta la fecha ninguna de las entidades mencionadas ha reconocido al señor Sierra suma alguna por esa reproducción irregular, ilegal y no autorizada de la obra en cuestión.

En el capítulo fundamentos de derecho, se citan como infringidos los siguientes artículos: 11 y 50 de la Ley 86 de 1946; y 16 y 20 de la Constitución. Allí se arguyó:

> "De conformidad con el artículo 11 de la Ley 86 de 1946: "Con las salvedades de los artículos precedentes, nadie puede publicar, adaptar, transportar, modificar, extractar, compendiar, representar, ejecutar, exhibir ni parodiar, en todo ni en parte, una obra científica, literaria o artística, sin permiso de su autor o de sus causahabientes...".
>
> "Y de conformidad con el artículo 50 de la misma Ley 86: "Salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes análogas, no le confiere al adquiriente el derecho de reproducción, el cual pertenece al autor o a sus causahabientes universales."

"A la luz de estas disposiciones, es claro que el derecho de reproducción le pertenece, en cuanto al retrato del Doctor Lleras Acosta, a mi representado, el maestro Sierra, y que para los efectos de cualquier reproducción del mismo retrato, es necesario obtener el permiso expreso del autor.

"Como en el presente caso, no se solicitó ni se obtuvo ese permiso, se incurrió en violación manifiesta de estas dos normas citadas.

"Asimismo, a la Administración Postal Nacional y al Instituto Nacional de Salud como establecimientos públicos del orden nacional y entidades encargadas de desempeñar y cumplir importantísimas atribuciones estatales, también se les impone, en el ejercicio de esas atribuciones estatales, las normas y principios consagrados en la Constitución y en las demás normas superiores. Entre estas, los principios contenidos en los artículos 16 y 20 de la Carta (los que hacen parte de ese Título III sobre derechos civiles), según los cuales las autoridades, los órganos estatales deben proteger a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y como esos órganos estatales ni pueden omitir el cumplimiento de sus funciones, ni pueden extralimitarse en el ejercicio de ellas."

Durante el trámite, el expediente desapareció en el incendio del Palacio de Justicia, acaecido durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985. Reconstruido el expediente, culminó su trámite.

Durante la instancia y en su oportunidad, el señor fiscal octavo de la Corporación conceptuó que se debía acceder a las súplicas de la demanda. Así en su vista de 9 de octubre de 1990 (a folios 213 y siguientes) anota:

"Se practicaron pruebas en el presente proceso, como la declaración del doctor Guillermo Aparicio Jaramillo, quien para la época de los hechos que se investigan laboraba en el Instituto Nacional de Salud, y sobre la pintura a óleo hecha al doctor Federico Lleras Acosta manifestó:

""El doctor Guillermo Muñoz Rivas Jefe del Laboratorio de Lepra del Instituto Nacional de Salud y quien fue colaborador del profesor Federico Lleras Acosta quiso rendir un homenaje a este último y contrató a un artista la pintura al óleo del profesor Lleras Acosta para colocarla en sitio prominente en su laboratorio y rendirle así un homenaje permanente al citado profesor. Con este objeto contrató los servicios de un retratista para que hiciera una pintura al óleo del profesor Lleras Acosta y con su colaboración, ya que el doctor Muñoz Rivas también es aficionado a la pintura; elaboraron el cuadro del profesor Lleras Acosta pintura al óleo hecha en colaboración del Dr. Muñoz Rivas con el pintor contratado y que lleva las dos firmas y creo que fue en los años 70 o 71 fecha de elaboración.

""...

estimo que los reclamantes no tienen ningún derecho porque sé que el cuadro fue pagado y pintado en colaboración." (folios 24 y siguientes)".

"El doctor Pablo Emilio Murillo Cajiao, quien ocupara el cargo de Director del Instituto Nacional de Programas Especiales de Salud para la época de los hechos, dijo:

""En septiembre del 71 el Doctor Guillermo Muñoz Rivas le obsequió al Instituto un óleo del Dr. Federico Lleras Acosta tomado de una foto de blanco y negro que él poseía y que a mi entender fue pintado por el Dr. Muñoz Rivas ayudado en los colores por otro pintor." (folio 27).

"Y el doctor, Guillermo Muñoz Rivas, en su declaración manifiesta lo siguiente:

"...yo lo mandé llamar para hacer un retrato de Federico Lleras Acosta para colocarlo en el Grupo de Letras (sic) del Instituto Nacional de Salud. El maestro Sierra fue y negociamos; yo le dí el modelo por el que nos podíamos seguir y dirigí los bocetos y los colores, habiendo quitado del modelo original ropa (su cuello, su soporte de la barbilla, un resto de un aparato para velocidad de sedimentación que aparece a la derecha del modelo). El maestro Sierra siguiendo mis instrucciones me llevó el primer boceto al que corregimos los defectos que tenía y pudimos dejarlo sin ropaje ni demás elementos que figuraban en la fotografía original. Sobre esas bases se desarrolló el retrato que quedó bastante bueno y el cuál, al ser entregado por solicitud del maestro Sierra que reconocía la dirección mía en toda la obra, me pidió que lo confirmara, hecho que hice a la derecha y en esquina del cuadro respetando totalmente la firma del maestro Sierra. Debo insistir en que tal firma se hizo a solicitud del propio maestro Sierra. Actualmente ese cuadro está colocado en el Grupo de Lepra en el Instituto Nacional de Salud (folio 29).

"Por medio de Acuerdo 030 de 1969 del Consejo Directivo del Instituto Nacional para Programas Especiales de Salud, se ordenó la elaboración y placas en bronce de varios doctores investigadores de dicho Instituto, entre ellos el del doctor Federico Lleras Acosta.

"A folio 102 del expediente obra una fotografía del oficio suscrito por el doctor Guillermo Muñoz Rivas y dirigido al doctor Pablo Morillo Cajiao, Director Ejecutivo del "INPES" y en su texto dice:

""Desde hace bastante tiempo esperaba una oportunidad para hacer entrega oficial del retrato del profesor Federico Lleras Acosta, que gustosamente he donado para el Subgrupo de Lepra; hoy tuve el agrado de aprovechar la presencia del señor Ministro de Salud, del Secretario General del Ministerio, la suya y la del Dr. Villamizar para en forma íntima colocar el retrato arriba mencionado".

"También se allegó al proceso la documental relacionada con la emisión de la postal conmemorativa del nacimiento del doctor Federico Lleras Acosta, por la Administración Postal Nacional, y en ella se observa que, efectivamente, esa estampilla fue tomada del retrato que reposa en el Instituto Nacional de Salud.

"El artículo 50 de la Ley 86 de 1946, prescribe:

"Salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes análogas, no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el cual pertenece al autor o a sus causahabientes universales."

"De la anterior norma, observa esta Fiscalía que si bien es cierto que el óleo del doctor Federico Lleras Acosta fue dirigido por el doctor Guillermo Muñoz Rivas, también es cierto que dicha obra la realizó el maestro Sergio Sierra Doval, siendo, por lo tanto, su autor, teniendo como obligación para la reproducción solicitar su autorización."

"No obra en el expediente prueba que demuestre que la Administración Postal, ni el Instituto Nacional de Salud hayan solicitado al maestro Sergio Sierra Doval autorización para la reproducción del retrato del doctor Fe-derico Lleras Acosta para la emisión de la estampilla; por consiguiente, hubo falla en el servicio, al no darse cumplimiento a lo estipulado en el artículo 50 de la Ley 86 de 1946."

Por su lado, el señor apoderado de la parte actora pide que se acceda a las pretensiones de la demanda, porque dentro del proceso se demostró que la estampilla se tomó del cuadro pintado por el señor Sierra Doval y que para el efecto no medió autorización alguna. Refuerza su argumentación con los mandatos contenidos en los artículos 11, 5°, 6°, 49 y 7° de la Ley 86 del 46, vigente a la sazón.

Al final de su alegato, escribe:

"Vale la pena recordar, para los efectos de la decisión o fallo que habrá de adoptar ese H. Consejo, que el cuadro pintado por mi poderdante, el maestro Sergio Sierra, se encuentra en un sitio o lugar particular, respecto del cual, para pasar o ingresar al mismo, se exige invitación. Según el acta de inspección judicial que aparece en el expediente, al folio 35 del cuaderno principal, a la entrada del laboratorio en el cual se encuentra y se ha encontrado el cuadro elaborado por mi poderdante, el maestro Sierra, aparece la siguiente leyenda:

"D.I.R. Grupo de Microbacterias. *No pase sin ser invitado...*" (Se subraya)

"También vale la pena tener en cuenta, para los efectos de este proceso y para los alegatos de alguna de las partes demandadas, que, tal como lo

establece la vigente -para la época- Ley 86 de 1946, en su artículo 21, 'las *obras artísticas*.... publicadas en revistas o periódicos, *no pueden ser reproducidas*''.

La apoderada de la Administración Postal alega la excepción de falta de competencia, por cuanto considera que la controversia debió ventilarse ante la justicia ordinaria. Pide que se haga este reconocimiento de oficio. También estima que como la obra pictórica debió registrarse en los términos de la Ley 86 de 1946 (artículos 73, 78, 87, 88 y 89) y así no se hizo, quedó sin protección legal alguna.

Para resolver, se considera:

La controversia requiere la clarificación de los siguientes puntos: La acción intentada; la jurisdicción competente; la protección legal de la obra pictórica; el hecho perjudicial y el daño sufrido por el actor.

Como claramente se desprende del libelo, la parte actora formula una controversia de reparación directa contra dos establecimientos públicos del orden nacional. Característica ésta que se desprende no sólo del *petitum* sino de los hechos de la demanda. Cuando se presentó ésta estaba vigente el Decreto 528 de 1964 y por razón de la cuantía y por la índole de las personas demandadas, la competencia de única instancia estaba radicada en esta Corporación.

Pese a que el artículo 105 de la Ley 86 de 1946, vigente cuando se presentó la demanda, disponía que "las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos vinculados con la propiedad intelectual, serán resueltas en primera instancia por el respectivo juez Municipal o de Circuito, según las reglas generales sobre jurisdicción y competencia y, en segunda, por el correspondiente superior jerárquico", considera la Sala que la competencia para definir este tipo de conflicto de reparación directa o responsabilidad extracontractual radica en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo por disponerlo así el Decreto 528 de 1964 en sus artículos 30, 1°. lit. b y 32, 1°. lit. c, en armonía con el artículo 68 de la Ley 167 de 1941. En aquellos porque expresamente le entrega el conocimiento a la jurisdicción administrativa "de las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o *de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional,* por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho cuando la cuantía sea o exceda de...". Y en el 68 porque en éste se disponía que "también puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejecutar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes.

A la sazón, entonces, la acción del artículo 68 era de reparación directa, como lo es hoy la del artículo 86 del C.C.A., por oposición a la de plena jurisdicción del artículo 67, conocida ya como de nulidad y restablecimiento en el artículo 85 *ibídem*.

En otros términos, como se dijo en pasada oportunidad por esta misma Sala (sentencia de enero 31 de 1989, Proceso 5284 Luis Eduardo Cuartas G.), las acciones que se susciten con motivo de la ley de propiedad intelectual, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos vinculados con dicha propiedad, serán del conocimiento de la justicia ordinaria. Pero, agrega la Sala, siempre y cuando el litigio o la controversia sea entre particulares, porque cuando ese perjuicio es causado por hechos u omisiones de la administración, su conocimiento estará a cargo de la jurisdicción administrativa, por ser ésta la competente, según se precisa en el artículo 20 del Decreto 528 de 1964, que a la letra dice: "La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y con los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2 y 3 de la Ley 167 de 1941".

Esta norma, *mutatis mutandis*, se repite en los artículos 82 y 83 del C.C.A. En síntesis, desde la Ley 167 de 1941 en forma restringida y luego desde el Decreto 528 de 1964 hasta hoy, todas las acciones indemnizatorias contra los entes territoriales y sus establecimientos públicos, por hechos, operaciones materiales y omisiones, son del conocimiento de la jurisdicción administrativa.

Como es obvio, acciones como las de dominio o posesión que giren en torno al derecho de propiedad intelectual serán del conocimiento de la justicia ordinaria, como lo serán también las de responsabilidad que se susciten entre particulares.

Insinúa Adpostal en su alegato que la obra pictórica que no esté registrada no merece ninguna protección legal y que, por tanto, cualquiera puede reproducirla o aprovecharse de ella sin autorización del autor y sin que éste pueda hacer reclamo alguno. No, este no debe ser el alcance de la ley de propiedad intelectual expedida precisamente para garantizar el derecho de los autores. Si así fuera dicha ley sería inconstitucional en sus artículos 87 y 85 por violar flagrantemente los artículos 30 y 35 de la Constitución.

El mecanismo de la inscripción busca darle publicidad al derecho de los titulares y servir de garantía de autenticidad de los títulos de propiedad, pero no más. Mediante esa inscripción se establece una forma fácil, expedita y adecuada para evitar la piratería y el aprovechamiento ilícito de los demás. Inscrita la obra el usurpador del derecho ni siquiera podrá alegar que no sabía o conocía que pertenecía a otra persona. Pero no podrá sostenerse válidamente que esa inscripción sea constitutiva del derecho de propiedad. Desde que la obra artística se inscriba, se esculpa, se filme se pinte, etc., etc., en otras palabras, desde su creación intelectual, nace como derecho de propiedad del autor y desde ese momento, hasta que se extinga por los medios legales para su dueño, merece la protección de las autoridades por mandato de la Consti-

tución. Si el derecho de propiedad intelectual naciera con la inscripción en el registro, antes de éste qué carácter tendría? No podría pensarse, como lo sugiere la entidad demandada, que la propiedad intelectual no registrada sea rex de relicte.

Para la Sala, pues, no existe duda alguna que los artículos 52, 87 y 88 de la Ley 86 de 1946 interpretados así, son inaplicables en la presente controversia por ser inconstitucionales. Se hace esta aseveración con apoyo en el artículo 215 de la Carta.

Afortunadamente para los titulares de la propiedad intelectual, la Ley 86 de 1946 fue derogada por la 23 de 1982, ley que precisa, entre otros aspectos: a)Que la protección legal que se le otorga al autor tiene como título originario la creación intelectual, *sin que se requiera registro alguno,* porque *"las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen."* (artículo 9); b) Que la protección de dicha propiedad tiene su apoyo en el artículo 35 de la Constitución (artículo 11); c) Que el autor tendrá el derecho exclusivo de autorizar los actos que se indican en los artículos 12 y 76, entre ellos el de reproducir la obra; d) Que todo acto de enajenación del derecho de autor debe constar en escritura pública (artículo 183); e) Que, salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica... no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el que seguirá siendo del autor o de sus causahabientes; y f) Que el registro de las obras sujetas a este requisito (artículo 192) tendrá por objeto darle publicidad al derecho de sus autores y autenticidad y seguridad a sus títulos.

Aunque esta Ley 23 no estaba vigente a la sazón, su normatividad sirve de norte interpretativo para precisar el alcance de la Ley 86, máxime cuando tanto la una como la otra obedecen a un mismo marco constitucional, o sea el trazado por los artículos 30 y 35 de la Carta.

Frente al caso concreto se anota:

Muestra el acervo probatorio no sólo que el maestro Sierra Doval fue el autor del retrato del profesor Federico Lleras Acosta, sino que ese cuadro fue el utilizado en la emisión de la estampilla hecha en homenaje del distinguido investigador. Así, son contestes los testigos, Doctores Guillermo Aparicio Jaramillo (a folio 24), Pablo Emilio Morillo Cajiao (a folio 27) y Guillermo Muñoz Rivas (a folio 29). La declaración de este último es fundamental, y del acta correspondiente a la audiencia, en la cual también intervino el maestro Sierra Doval, se destaca el siguiente aparte: "En el cuadro que estamos discutiendo el maestro Sierra es el pintor o maestro de obra y yo soy el director intelectual de la obra en cuestión." El maestro Sierra dice que los datos que le dio el profesor Muñoz fueron importantísimos, por cuanto yo no conocí al Doctor Federico Lleras Acosta y me ayudaron a descifrar el crucigrama sicológico del personaje a través de mi temperamento. A continuación interroga el señor apoderado del Instituto Nacional de Salud doctor Jesús Prados González: La negociación para la elaboración del óleo del Doctor Federico Lleras

Acosta se hizo particularmente, ya que fue pagado por el peculio del Doctor Muñoz Rivas. El Doctor Muñoz Rivas manifiesta que él obsequió al Instituto el óleo en mención y que el Instituto mediante dos oficios le dio sus agradecimientos".

En otro aparte de su testimonio el científico Muñoz Rivas agrega: "El cuadro se le pagó personalmente al maestro Sierra y yo se lo regalé al Instituto Nacional de Salud porque para eso lo mandé hacer."

El Instituto Nacional de Salud, en su escrito de impugnación a la demanda, reconoce que en el año de 1970 el profesor Muñoz Rivas solicitó al maestro Sierra Doval la elaboración de una copia al óleo, tomada de la fotografía del profesor Lleras Acosta que había sido publicada en su libro "Estudios Experimentales sobre transmisión de la lepra."

Que la obra del profesor Sierra fue utilizada como modelo para la emisión de la estampilla en homenaje al profesor Lleras Acosta, es un hecho cierto que no fue desvirtuado dentro del proceso. Los intentos de la parte demandada resultaron vanos a ese respecto. Sus negativas respaldan más este aserto y para confirmarlo basta comparar el original de la estampilla, que figura entre los folios 110 y 111 del cuaderno principal, con la fotocopia que obra a folios 34 del mismo que corresponde al óleo pintado por el profesor Sierra que reposa en el laboratorio de investigaciones de lepra del Instituto Nacional de Salud. Esto se corrobora con la diligencia de inspección judicial que obra a folios 35 del cuaderno principal. De esa acta se destaca:

> "Seguidamente el personal de la diligencia se dirigió al laboratorio de Investigación de Lepra D.I.R. Grupo de Microbacterias, donde se pudo constatar que está el cuadro del Doctor FEDERICO LLERAS ACOSTA y que años atrás hubiera pintado el maestro SERGIO SIERRA DOVAL y en el cual en la parte inferior a la derecha aparecen las firmas del maestro Sergio Sierra al igual que la firma de Guillermo Muñoz Rivas y el año de 1970. Se constata que las fotos del folio 31 del Cuaderno 2 y la litogafía de la página 17 de la revista INPES 1973 y que obra al folio 32 del Cuaderno 2 corresponde al mismo cuadro. En este laboratorio se hacen investigaciones y análisis de la LEPRA y la TUBERCULOSIS. Por petición del apoderado de la parte actora se deja constancia de que a la entrada del laboratorio en la puerta figura la siguiente leyenda: D.I.R. Grupo de Microbacterias. No pase sin ser invitado. Utilice el timbre. Gracias" al igual que la estampilla del Fol. 37."

La autoría del maestro Sierra del cuadro al óleo que sirvió para la emisión de la estampilla no puede desconocerse ni siquiera con la afirmación hecha de que la pintura se hizo en colaboración con el profesor Muñoz Rivas. Esa colaboración resultó bien explicada dentro del proceso, pero tiene su valor entendido. Es evidente que al pintor se le tiene que dar información, para la elaboración de un trabajo de esa índole, por miembros de su familia o amigos sobre ciertos rasgos psicológicos del personaje que va a servir de modelo, máxime cuando son des-

conocidos por el artista. Pero no más. Aceptar esa colaboración como una coautoría, sería tanto como aceptarla cuando alguien contrata unos planos con el arquitecto para la construcción de una casa y le suministra los datos sobre lo que quiere construir y su decoración. Con esto no se desconocen los conocimientos del profesor Muñoz Rivas sobre pintura, pero también es claro que él se ha destacado más en el campo de la investigación científica."

La utilización de la obra, sin la autorización de su autor, le produjo perjuicios a éste y violó claramente los mandatos contenidos en los artículos 11 y 50 de la Ley 86, vigente a la sazón, y citados por el actor.

El perjuicio para el actor se infiere no sólo de la reproducción no autorizada de la obra, sino también de la omisión de su nombre en el cuerpo de las estampillas. Al respecto, baste observar la estampilla que en el original figura en un sobre entre los folios 110 y 111 del cuaderno principal.

La conducta de los dos entes administrativos desconoce abiertamente las normas citadas por el demandante y conforman una falla en el servicio. En asunto similar por esta misma sala, se sostuvo:

> "La administración no tiene frente a los derechos de los autores ningún privilegio exorbitante y se encuentra frente a ellos en situación similar a la de los particulares. No obstante puede afirmarse que es la propia administración la que tiene que dar ejemplo en este campo, porque no puede olvidarse que las autoridades están instituidas primordialmente para salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados (artículo 16 de la Constitución). Norma esta que constituye uno de los pilares constitucionales de la res-ponsabilidad estatal por hechos u omisiones. Asimismo la sala acepta la apreciación del *a-quo* en el sentido de que fuera de esa falla del servicio también se demostró el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y el hecho causal o falla." (Sentencia de 31 de enero de 1989, proceso 5284, Luis Eduardo Cuartas G.).

Establecida la existencia del perjuicio pero no su monto se impone la condena en abstracto.

Para el efecto deberá liquidarse dicha condena con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 137 del C. de P.C. Se dispone tal cosa, porque si bien es cierto el Decreto 2282 de 1989 derogó el trámite establecido para el efecto en el código de procedimiento civil en su artículo 308, no es menos cierto que la condena en abstracto en el proceso administrativo subsiste por tener norma especial que la respalda o sea el artículo 172 del C.C.A. El incidente deberá presentarse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de este fallo. Se señala este término judicial por no existir ya término legal (artículo 119 del C. de P.C.).

En la futura liquidación deberán tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:

a) El valor histórico de la condena por perjuicios materiales no pasará de dos millones de pesos.

b) Pericialmente deberá determinarse el monto de los perjuicios que sufrió el maestro Sierra con la utilización, no autorizada de su obra en la emisión de la estampilla.

c) El valor histórico que se determine deberá actualizarse con apoyo en los índices de precios al consumidor que certifique el Dane con sujeción a la siguiente fórmula: $Vp = vh \frac{ind.f}{ind.i}$; de donde Vp será el valor presente o actualizado de la condena; vh, el valor histórico a la fecha de la emisión; ind.f o índice final a la fecha de la ejecutoria de este fallo; e ind.i o índice inicial a la fecha de la emisión.

En cuanto a perjuicios morales, la sala estima que esa usurpación de los derechos, en especial en cuanto a la omisión del nombre del autor en una emisión de estampilla oficial, es un hecho que le restó oportunidades futuras a éste, no sólo desde el punto de vista comercial, sino de prestigio.

Para la sala éstos se pueden tasar en un equivalente en pesos de 500 gramos oro. Esa equivalencia se determinará a la fecha de ejecutoria de este fallo, con sujeción a certificación del Banco de la República.

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

FALLA:

1. Declárase administrativa y solidariamente responsable a la Administración Postal Nacional y al Instituto Nacional de Salud por los perjuicios causados al señor Sergio Sierra Doval por los hechos narrados en la motivación.

2. En consecuencia, se les condena a pagar al mencionado señor los perjuicios causados así: Por concepto de perjuicios morales el equivalente a 500 gramos oro; equivalencia que certificará el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de este fallo. Esta condena se entiende en concreto; y por concepto de perjuicios materiales, en abstracto, lo que se liquide en forma incidental (artículo 137 del C. de P.C.) y con sujeción a las pautas dadas en la parte motiva. Incidente que deberá formularse en el término de dos meses, contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

3. La sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese y notifíquese

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 14 de marzo de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Policarpo Castillo Dávila, Carlos Ramírez Arcila, Julio César Uribe Acosta.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO/ FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA/ SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/ VEHICULO PARTICULAR/ ACTO TERRORISTA

Perturbaciones del orden público, se han tornado frecuentes en el país y frente a ellas la administración suele limitarse a pedirle a los transportadores que no suspendan el servicio público pues de lo contrario se harán acreedores a las sanciones de ley. De otro lado, los delincuentes amenazan con acudir a las vías de hecho, creándose así una situación de callejón sin salida que debe romperse en favor de la comunidad, prestando en favor de ésta el servicio, pero con la seguridad de que la administración asume el costo del riesgo. Frente a la situación que se deja estudiada, nada impide concluir que en el caso en comento se dio la falla del servicio y, por lo mismo debe repararse el daño causado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., marzo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expediente No. 5595. Actor: Juan C. Hernández Henao. Demandado: Municipio de Medellín -La Nación- Ministerio de Defensa Nacional.

- I -

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el grado de consulta de la sentencia proferida el día cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró a la NACION CO-

LOMBIANA - POLICIA, administrativamente responsable por los daños y perjuicios sufridos por el señor JUAN C. HERNANDEZ HENAO con ocasión de la destrucción del bus de su propiedad, ocurrida en inmediaciones de la Universidad de Antioquia, el día veintitres (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984).

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del referido proveído, en el cual se discurre dentro del siguiente universo:

"Obrando a través de apoderado, mediante escrito presentado al día 10 de mayo de 1984, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, el señor JUAN C. HERNANDEZ HENAO demanda al MUNICIPIO DE MEDELLIN y a la NACION, a fin de que sean declarados administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios que le fueron ocasionados por el incendio y destrucción de su bus de placas TB 18-54, el 23 de febrero de 1984, en las instalaciones de la Universidad de Antioquia, de esta ciudad. Que, consecuencialmente, se les condene a los pagos indicados a folios 29.

"Como fundamentos de la pretensión se narran los siguientes hechos:

"El bus de su propiedad tipo metropolitano, marca Dodge, modelo 1979, con placas TB 18-54, matriculado en la Dirección de Transportes y Tránsito de Antioquia, afiliado a la COOPERATIVA NACIONAL DE TRANSPORTADORES (COONATRA), en perfectas condiciones (mecánicas y estéticas), fue despachado el día 23 de febrero de 1984, a las 11:10 de la mañana, del terminal que tiene Coonatra cerca a la Universidad de Medellín (Sector Belén), para que hiciera el recorrido normal, fijado por la Secretaría de Transportes y Tránsito de Medellín.

"A eso de las 11:50 de la mañana, al llegar al semáforo instalado en el crucero de la calle Barranquilla con la Avenida del Ferrocarril,*se acercaron varios sujetos encapuchados, con revólver en mano y le solicitaron al conductor, Guillermo Gaviria, que entregara el dinero y las llaves del carro y ordenaron a los pasajeros que descendieran del vehículo;* también el conductor tuvo que alejarse del vehículo, luego de entregar las llaves y el dinero, acudió a un teléfono cercano para llamar a la policía, a fin de que se le prestara protección, prometida la tarde anterior por las autoridades. Cuando el conductor efectuaba la llamada pudo observar, desde lejos, cómo el automotor había sido llevado hasta el interior de la ciudad universitaria y cómo se procedía a incendiarlo. Cuando vio que las llamas comenzaban a consumir el vehículo llamó al Cuerpo de Bomberos para que concurrieran a apagarlo.

"Se hicieron presentes inicialmente los agentes de policía, quienes temeramente intentaron entrar al recinto universitario para apagar el bus incen-

diado, pero los estudiantes comenzaron a lanzar piedra. Luego llegaron los Bomberos y en vez de proceder a apagar las llamas para salvar el vehículo, se quedaron fuera viendo como ardía, alegando que la policía debía protegerlos para apagarlo.

"Afirma que, ante las manifestaciones de quienes presenciaban el espectáculo, la policía pretendió ingresar a los predios universitarios, pero un oficial que se hizo presente dijo que existían órdenes superiores de no ingresar por la fuerza a los predios universitarios; que hubo omisión de la policía y de los bomberos.

"Que el día anterior, en las horas de la tarde, se reunieron en la Gobernación del Departamento los transportadores y representantes de todas las autoridades para exigirles la prestación del servicio normal y prometieron a los transportadores la máxima seguridad para que sus vehículos no sufrieran daños. Los transportadores, convencidos de la seriedad de esa promesa, autorizaron la salida de sus buses." (fls. 264-265, C.1).

...

"*Consideraciones del Tribunal*

"Como lo tienen establecido la doctrina y la jurisprudencia, debe declararse la responsabilidad del Estado (o de la administración, como también se denomina), cuando aparece demostrada una falta o falla del servicio, o de la administración (por acción u omisión), un daño y la relación de causalidad entre la falta o falla imputable a la administración y el daño.

"El Estado queda exonerado de responsabilidad cuando demuestra como causa del daño la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues, en el fondo, lo que acredita es la ausencia de la relación de causalidad entre la falta o falla y el daño (sentencia del H. Consejo de Estado, de octubre 28 de 1976. Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango).

"*La prueba*

"Es de importancia la narración que de los hechos hace el señor LUIS GUILLERMO GAVIRIA ZAPATA, *conductor del vehículo incendiado:*

"Yo salí despachado a las 11 y diez de la mañana de la terminal del circular, de la Universidad de Medellín, salí normalmente a hacer el recorrido y llegando a la Avenida del Ferrocarril esperé a que el semáforo me diera la vía, cuando me dio la vía llegué al paradero de buses a las 11 y 50, cuando se me montaron cuatro encapuchados con revólver y me quitaron las llaves y la plata, a los pasajeros los obligaron a bajar, iba con 36 pasajeros, luego se lo llevaron para las instalaciones de la Universidad, todos cuatro se fueron en el bus, luego corrí a llamar al Cuerpo de Bomberos y a la policía, a los diez minutos llegaron a intervenir a defender el vehículo y no los dejaron

entrar; tiraban piedras y bombas molotov, luego llegaron dos pelados en moto con extinguidores a defender el bus y no los dejaron entrar; las bombas eran como unas cajetillas o frascos que las tiraban y explotaban, eso es lo que llaman bombas molotov; luego se retiraron todos hasta que se incendió el bus del todo, después llegó el dueño del vehículo, Juan C. Hernández, y se entró a ver el vehículo y habló con los profesores y doctores allá; de ahí me fuí yo para la casa y al otro día sacaron el carro de allá" (fs.120).

"A continuación explica que los encapuchados -unos con pañuelos y otros con capucha entera-, lanzaban piedras y bombas a los policías y al cuerpo de bomberos, en forma que no los dejaron entrar y que la policía, para defenderse utilizaba piedras, bolillos y gases lacrimosos. Que los agentes eran por lo menos 40 y de los bomberos eran 4 máquinas.

"El señor RODRIGO DE JESUS VERGARA HENAO, quien en su calidad de bombero intervino para tratar de apagar el vehículo, en términos generales confirma lo dicho por GAVIRIA ZAPATA, en cuanto al enfrentaminto entre la policía y los estudiantes. Que la policía, excepto los oficiales, no tenían armas. Sólo tenían el escudo. Explica que cuando llegaron, las puertas de la Universidad estaban cerradas y la policía estaba enfrentada con los estudiantes; se arrimaron a la puerta y de allí tiraron agua al bus. No entraron porque los cogieron a piedra y hasta les tiraron una bomba. Fueron a "tanquiar" -sic- y cuando volvieron *no los dejaron arrimar más,* inclusive había llegado otra máquina de la subestación del Norte (fs. 112 a 115).

"El señor DARIO PASTOR RESTREPO ROJAS dice que el Cabo Ricaurte les avisó que estaban incendiando un vehículo en la Universidad de Antioquia, por lo que, acompañado de su hermano, en una moto de su propiedad, dotados de extinguidor y morral, se trasladaron al lugar. Al llegar a los alrededores le pidieron permiso a un oficial para pasar el cordón que estaba haciendo, manifestándole que podían apagar el carro -aunque se habían dado cuenta que no era propiedad de la empresa para la cual trabajaban-. Este los llevó ante el oficial que estaba a cargo de todos los policías, quienes manifestaron que no se podía porque tenían cerradas las puertas de la Universidad con unos alambres. Al rato llegó la máquina del cuerpo de bomberos y cuando habían procedido a desenrollar la manguera, los encapuchados que estaban al otro lado de la verja tiraron un petardo, por lo que uno de los bomberos soltó la manguera y salieron corriendo; tomó la manguera y en compañía de otro bombero procedieron a intentar apagar el carro. Luego los encapuchados tiraron otro petardo dirigido contra el testigo y el bombero específicamente, que explotó contra la portería de la Universidad, momento en el cual el bombero le dijo "pelao no comamos de nada", es decir que siguieran apagando el carro, y utilizaron el chorro de agua para ahuyentar a los encapuchados. *Que hasta ese momento la policía los estaban protegiendo en la puerta con los escudos.* Después de prácticamente apagar el carro en forma total el agua de la máquina se acabó y la máquina se retiró

porque empezaron a tirarle piedra y otros objetos como botellas y palos. Se retiraron todos de la puerta y los encapuchados se acercaron otra vez al bus, le sacaron gasolina al mismo vehículo, ya que al parecer no tenían más bombas molotov; con la gasolina del mismo vehículo lo rociaron de nuevo, le abrieron la tapa del motor y lo volvieron a incendiar, oportunidad en la cual llegó otra máquina del cuerpo de bomberos y el bombero encargado de ella dijo al oficial que si los protegía podían entrar a apagar el carro, a lo que respondió que no tenía autorización del Gobernador para entrar a la Universidad. Que habían 40 ó 50 policías, fuera de los que hacían cordón en el puente Barranquilla. Que le quedaba más difícil calcular el número de encapuchados porque estaban más dispersos, pero no cree que pasarán de 50, aproximadamente.

"A solicitud de la apoderada del Municipio manifiesta que trabaja en la SOCIEDAD ANTIOQUEÑA DE TRANSPORTES LTDA., como jefe de Estadística y es miembro de un equipo de seguridad formado por la Empresa para estos casos; que el Gerente es *su papá,* en la cual tiene aproximadamente *unos diez carros*, entre 110 como total de la empresa, vehículos que han sufrido varios atentados, siendo el más grave en 1977, cuando un comando subversivo entró al parqueadero de la empresa y trató de incendiar todo el parque automotor, quemando 7 u 8 carros y dejando con averías aproximadamente 15. Se le preguntó si la empresa ha presentado demanda por tales hechos y respondió:

"Que yo sepa no quizá porque hasta el momento no se había creado ningún precedente pero me imagino que las autoridades y la Nación están en la obligación de proteger los bienes de los particulares" (Fs.135 a 137).

"JUAN ANTONIO RESTREPO ROJAS, -folios 127 a 131- (hermano del anterior) afirma que solicitaron inicialmente permiso al oficial para entrar "... y me parece que dijo que esperáramos para ver si se podía hacer retirar a los estudiantes de allá, a los encapuchados..." (fs.127). Que, posteriormente, solicitaron autorización al oficial para entrar y tratar de sacar el bus, pero este dijo que no podían entrar a la Universidad. Se le preguntó al testigo si, según respuesta anterior lo que lanzaban estudiantes y encapuchados eran petardos que sólo tenían por finalidad asustar y no eran bombas como algunos estaban diciendo y respondió:

"Eso es muy relativo ya que un petardo es una cuestión de dinamita y si a alguna persona se le dá con esto la puede lesionar, ellos también arrojaban botellas de vidrio y piedra" (fs. 129). Que 50 ó 60 agentes estaban al frente y rodeando la Universidad y dentro de la Universidad por ahí 20 a 35 estudiantes.

"Se le preguntó el origen o razón para que los encapuchados incendiaran el vehículo y respondió:

"Eso fue en una semana donde había una cuestión de un paro cívico y entonces ellos estaban protestando contra el alza en el transporte y los vehículos".

"En respuesta a interrogatorio formulado por la apoderada del Municipio, manifiesta que su papá es socio de Santra (empresa donde el demandante también trabaja) y tiene por ahí unos treinta vehículos, busetas y buses -llama la atención que su hermano, jefe de estadística en la empresa sólo habló de diez carros-. Se le preguntó si su papá ha tenido vehículos que han sufrido las mismas situaciones, incendiados y objeto de terrorismo y respondió que una vez fue incendiado el parqueadero de la empresa Santra y se quemaron 7 vehículos y que, durante el tiempo que lleva funcionando, por actos terroristas se han quemado por ahí unos 15 vehículos.

"En lo demás coincide, en términos generales, con lo manifestado por Darío Pastor.

"MARIO DE JESUS CADAVID (fs. 176 a 178) se desempeñaba como Jefe del Cuerpo de Bomberos; no presenció los hechos.

"La señora FANNY ARANGO DE RAMIREZ explica que el día anterior (febrero 22) las autoridades (Alcalde de Medellín, Comandantes de la Policía y la Brigada Militar, Gobernador) solicitaron a los transportadores no mermar el servicio de vehículos vinculados al sistema T.S.S. y prometieron protección, haciendo énfasis en cuanto a las áreas universitarias.

"Se le preguntó a la declarante si el demandante, el conductor o la empresa podían tener enemigos que quisieran ocasionarle ese daño, o es posible creer que se trata de actos terroristas encaminados a perturbar el orden público y a protestar contra las autoridades y contestó:

"Eso es una reacción terrorista, una protesta por el trato de modalidades, debido al cambio de los T.S.S., y todavía están en las mismas, continúan en las mismas. La gente protesta por el desmonte del subsidio de transporte, ya que el gobierno paga al usuario un 50% del costo del servicio y al pasar a tarifa plena (T.S.S.) el usuario tiene que pagar el ciento por ciento (100%)" -fs.126-.

"En respuesta al oficio 540 (bis) el Comandante del Departamento de Policía de Antioquia manifiesta:

"1o. En efecto, según el Decreto 1355 de 1970 (CODIGO NACIONAL DE POLICIA) Artículo 74, un establecimiento de educación es considerado como un domicilio ajeno pero si dentro de ese domicilio o en sus alrededores se comete una infraccion penal verbigracia "incendio" (Artículo 189 del Decreto 100 de 1980 Código Punitivo), la policía debe actuar de inmediato

pues es su obligación fundamental según reza el Decreto 2137 de 1983 (ESTATUTO ORGANICO) en sus artículos lo. y 2o.

"2o. Para el cumplimiento cabal de las obligaciones que le compete a la fuerza pública y en el caso concreto de incendio de vehículos que usted cita, la policía puede penetrar al domicilio ajeno por hallarse frente a una flagrante violación de la ley penal (Decreto 522 de 1971, Art. 111 en concordancia con los artículos 56 del Decreto 1355 de 1970 y 24 de la C.N.).

"3o. Ahora bien, si la policía nacional ha actuado en conjunto con otra fuerza pública, ello está también respaldado por el ya citado ESTATUTO ORGANICO en su artículo 145 y ss." (fs. 185 y 186).

"De lo expuesto se deduce:

"En forma sorpresiva, el día 23 de febrero de 1984, a las 11:50 a.m, a la altura de la Calle Barranquilla con la avenida del Ferrocarril, 4 sujetos encapuchados, armados con revólver, obligaron al conductor del vehículo Guillermo Gaviria Zapata a entregar la plata y las llaves del vehículo, obligaron a los 36 pasajeros a abandonar el bus y condujeron el vehículo a las instalaciones de la Universidad de Antioquia, donde lo incendiaron.

"Una vez despojado del vehículo, el conductor Gaviria Zapata acudió a llamar al cuerpo de Bomberos y a la policía; en diez minutos concurrieron al lugar de los hechos miembros de ambos organismos.

"También lo hicieron los hermanos Juan Antonio y Darío Pastor Rojas Restrepo, folios 127 y 135, y con extinguidor en mano ofrecieron apagar el bus incendiado, pues estaban prevenidos de que se presentase los desmanes ya que su padre es transportador y había sido víctima de la acción de los vándalos por esos mismos días.

"Los incendiarios eran encapuchados. Unos con pañuelos y otros con capucha entera y en número considerable se liaron en batalla campal con la policía utilizando guijarros, botellas, piedras, bombas molotov, los revoltosos y gases lacrimógenos la policía, impidiendo en todo caso el acceso de los bomberos a los predios universitarios donde el bus ardía.

"La primera máquina de bomberos que llegó al sitio, se arrimó hasta la puerta de la univerisad y de ahí le tiraron agua al bus, hasta cuando se agotó el líquido. Se fueron a tanquear y cuando regresó, no los dejaron arrimar más, "...inclusive había llegado otra máquina de la subestación del Norte, ya la policía empezó a lanzar gases lacrimógenos y el bus se consumió totalmente por el efecto de las llamas..." - fs. 112-.

"Los policías eran entre 40 y 60. Los encapuchados 20 ó 35, aproximadamente 50 advierten algunos testigos, pero según el conductor del vehículo

Luis Guillermo Gaviria Zapata "...eran como cincuenta o cien encapuchados" (fs. 137, 130 y 123).

"Darío Pastor Restrepo declara que el oficial que estaba a cargo de la operación le dijo que no podían entrar a la Universidad porque las puertas estaban cerradas con unos alambres (fs. 135); posteriormente manifiesta que el bombero encargado de la máquina le dijo al oficial que si los protegían podían entrar a apagar el carro y el oficial respondió que no tenía autorización del Gobernador para entrar a la Universidad.

"La puerta del claustro Universitario estaba cerrada y los encapuchados repelían la fuerza pública y desde dentro lanzándole diferentes objetos.La policía lo único que hizo allí fue agarrarse a piedra con los estudiantes". Rodrigo de Jesús Vergara Henao -fs. 112-.

"La ley establece que en caso de flagrante violación de la norma penal, las autoridades pueden incluso penetrar en domicilio ajeno para perseguir a los infractores - art. 81 del D. 1355 de 1970, modificado por el artículo 111 del Dto. 522 de 1971. Así lo certifica el Comandante de Policía de Antioquia - fs. 185-.

"Si la síntesis de lo historiado pudo hacerse con fundamento en los elementos de convicción antes referidos, resulta fácil inferir que la Policía Nacional concurrió al lugar de los hechos, fue espectadora de la comisión colectiva de un delito contra la propiedad privada; coprotagonizó la pedrea que acompañó al acto vandálico, pero no protegió los "bienes" del ciudadano afectado cual era su obligación, como se desprende de los textos de los artículos 16 de la Constitución Nacional; 3° y 4° del Decreto 2137 de 1983 y 1° del Decreto 1355 de 1970.

"La protección es típica función policial que no se agota con la sola presencia del cuerpo profesional al sitio de los hechos, sino con el despliegue de los recursos materiales, técnicos y logísticos orientados a la real protección de la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional.

"En el caso de autos la Policía estuvo lejos de ejercer un efectivo control de la situación de orden público que degeneró en la comisión de un delito, como era su obligación, se limitó a participar en la "pedrea" y luego a observar el espectáculo que brindaba un bus incendiado por revoltosos. El no actuar o hacerlo deficientemente constituye a no dudarlo una falla del servicio de la policía por la que debe responder la Nación Colombiana, ente de derecho público al que pertenece ese organismo armado.

"Es verdad que los medios de convicción aportados al proceso advierten que la policía fue obstaculizada en la prestación del servicio, pero no se acreditó que el obstáculo fuera insuperable hasta el punto de que pueda decirse que hubo fuerza mayor, que los exonerara de la obligación legal de

proteger la propiedad privada del señor Juan C. Hernández Henao en vía de perecer por acción de manifestantes exaltados. Ocurrió simplemente que no tuvieron la voluntad de hacerlo, utilizando razonablemente los ins-trumentos adecuados con entereza y profesionalismo.

"No puede decirse igual cosa del cuerpo de bomberos de Medellín, organismo que fue llamado para que extinguiera la conflagración y que concurrió al sitio del incendio, procedieron a apagarlo desde donde los manifestantes que lanzaban piedras lo permitieron, lo lograron en primera instancia. Pero los encapuchados se acercaron otra vez al bus, le sacaron gasolina al mismo vehículo, lo rociaron de nuevo, le abrieron la tapa del motor y volvieron a prenderlo; "...nosotros le dijimos al oficial que si podíamos entrar a bregar a sacar el bus que el bus estaba apagado y nos contestó que no podíamos entrar a la universidad; y de ahí nos quedamos hasta que los estudiantes se retiraron y el bus se quemó totalmente". -fs. 128, Juan Antonio Restrepo Rojas-.

"Igual solicitud elevaron a la policía, los bomberos que también fueron presa de la violenta pedrea, y que, si bien es cierto "...gozan de ilimitadas facultades en caso de siniestro, como las de demoler edificaciones, forzar cerraduras, cortar canales eléctricos, deben recibir la cooperación inmediata de los jefes y agentes de Policía, de los médicos, de los particulares en general y del ejercicio en caso necesario...", pues las prerrogativas de que gozan no autorizan a sus miembros para ningún atropello, acto u omisión que lesione el haber ajeno o ponga en peligro la vida de las personas, por razón del tránsito por las vías públicas, como surge de lo previsto en los artículos 17, 18 y 66 del Decreto Municipal No. 100 de 1965.

"No se presentó entonces la falla del servicio por parte del Cuerpo de Bomberos de Medellín y por ende del Municipio de Medellín al que pertenece el organismo. Esta fue como se dejó expuesto de la Policía Nacional.

"DEL DAÑO

"Consistió en la destrucción total por incendio del bus de servicio público, marca Dodge, modelo 1979, afiliado a COONATRA de placas TB 1854 de propiedad del señor Juan C. Hernández Henao. Lo informan todas las personas que declararon en el período probatorio de este proceso y lo ratifican las fotos que reposan en el expediente a folios 11, 12, 13, 14 y 15. Y lo confirman el señor Oscar Medina Rodríguez, fs. 134, quien en constancia de folios 10 había conceptuado que no se justificaba la reparación del bus, "...ya que su destrucción es de un 95%".

"RELACION DE CAUSALIDAD

"Probada la falla del servicio de policía por parte de la Nación Colombiana y la destrucción total del bus por incendio, se infiere el nexo o relación de

causa a efecto, sobre todo cuando ninguna prueba advierte que el hecho dañino ocurrió por fuerza mayor o por culpa exclusiva del conductor del vehículo o de su propietario.

"VALOR DE LOS PERJUICIOS

"En la demanda se piden a favor del actor JUAN C. HERNANDEZ HENAO, sumas actualizadas al momento del fallo así:

"a) Daño emergente: TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M.L ($3.500.000), por la pérdida del vehículo.

"b) "...LUCRO CESANTE, la suma de SEIS MIL VEINTE PESOS DIARIOS ($6.020)..." a partir del 22 de febrero de 1984 hasta cuando se cancele el monto del daño emergente.

"c) "...intereses legales correspondientes hasta el momento efectivo del pago.

"d) "...los gastos del proceso y las agencias en derecho..."

"Los peritos en bien fundado dictamen señalaron el valor del bus a la fecha del siniestro en $2'308.800 y actualizada a 30 de abril de 1986, fecha posible de la sentencia en $3'624.816.

"El lucro cesante consolidado lo fijaron por anualidades, así: "Primera anualidad $940.605.12. Segunda anualidad $l'077.776.70. Tercera anualidad $181.425.73, para un total de $2'199.807.55.

"Fijan en últimas las siguientes cantidades:

"Sin daño emergente actualizado: $4'508.607.55

"Con daño emergente actualizado: $5'824.623.55"

"La pericia está en firme. Para rendirla los expertos tuvieron en cuenta los elementos probatorios que obran en el proceso; consultaron estudios serios sobre rentabilidad de la industria de transporte urbano, fue explicada con precisión y fundamento y para fijar los perjuicios se tuvieron en cuenta los derroteros señalados por el Honorable Consejo de Estado en la aplicación de la fórmula

$$S = \frac{R\,(1+i)^{n-1}}{i} \qquad \text{(sic)}$$

"Además los honorarios que causó le fueron cubiertos a los peritos. Todo ello hace que el Tribunal acoja sus fundamentos y explicaciones orientadas a elaborar una liquidación actualizada de los guarismos que ella recoge.

"Como los perjuicios sólo se encuentran actualizados hasta el 30 de abril de 1986, fecha considerada probable por los peritos para dictar la sentencia, es necesario reactualizar dicha suma a efecto de que la reparación aquí ordenada sea integral. (Art. 178 del C.C.A.).

"Siguiendo las pautas trazadas por la sección tercera del Consejo de Estado, la suma total de la indemnización, equivale al valor del daño emergente y lucro cesante $5.824.623.55, se actualizará con el Indice de Precios al Consumidor (IPC) del mes anterior a la fecha de presentación de la cuenta de cobro.

Para tal efecto bastará la aplicación de la siguiente fórmula:

$$VF = vp\ x\ \frac{ind.f}{ind.inicial}$$

En donde:

VF = valor final o indemnización.

vp = valor presente o suma que se actualiza.

ind. f. = índice final - IPC del mes anterior a la presentación de la cuenta de cobro.

Ind. inicial = IPC de abril de 1986.

$$\text{Indemnización} = \$5.824.623.55\ x\ \frac{ind.f.}{ind.inicial}$$

"La suma así obtenida, representará el valor del daño emergente y lucro cesante, actualizado a la fecha del pago.

"Ante la presencia de elementos de convicción que facilitan el señalamiento de los perjuicios, y, por no ser determinantes, según expresión de la H. Corte Suprema, no se tendrán en cuenta las declaraciones de renta del actor traídas oficiosamente al expediente por el Magistrado sustanciador.

"No se condenará a gastos del proceso y agencias en derecho por prohibirlo expresamente el artículo 392 del C. de P. Civil.

"La condena se hace en favor del señor JUAN C. HERNANDEZ HENAO, quien, dicho sea de paso, acreditó con la fotocopia de la matrícula, ratificada con la certificación de la Dirección Departamental de Tránsito, obrante a folios 12 y 4, que estaba legitimado para impetrar la acción resarcitoria deducida en este proceso.

"La ponencia elaborada por el Magistrado Oscar Aníbal Giraldo Castaño no fue aceptada por la Sala, razón ésta para que lo hiciera el que por orden alfabético le siguiera en turno.

"Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Antioquia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, acorde con su colaborador fiscal, y por autoridad de la ley,

FALLA:

"1o. Declárase a la Nación Colombiana - Policía, administrativamente responsable de los daños y perjuicios sufridos por el señor JUAN C. HERNANDEZ HENAO con ocasión de la destrucción del bus de su propiedad de placas TB 1854, ocurrida en inmediaciones de La Universidad de Antioquia el día 23 de febrero de 1984.

"2o. Como consecuencia de la declaración que antecede, condénase a la Nación Colombiana - Policía Nacional a pagar el valor de los perjuicios materiales en la suma de CINCO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTITRES CON CINCUENTA Y CINCO cvs. M.L. ($5'824.623.55) debidamente actualizada en la forma como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

"Esta condena se entiende en concreto y la cuenta de cobro deberá presentarse con la certificación correspondiente del DANE, sobre los índices señalados en la misma motivación.

"3o. Absuélvase de los mismos cargos al Municipio de Medellín.

"4o. Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

"5o. No se condena a gastos del proceso ni agencias en derecho por prohibirlo la Ley.

"6o. Consúltese esta sentencia si no fuere apelada". (fls. 266-278, C.1).

- II -
CONDUCTA PROCESAL DE LA APODERADA DE LA NACION-POLICIA NACIONAL

Dentro del término de ley, alegó de conclusión, como se desprende del escrito que obra a folios 293 y siguientes del cuaderno No 1, en el cual hace sus valorizaciones de naturaleza jurídica y fáctica, dentro del siguiente temperamento:

"Tal como lo dije en mi memorial de contestación de demanda, la Nación-Policía Nacional debe ser exonerada de toda responsabilidad por no existir en el *sub-judice* falla del servicio.

"En el presente caso, la Policía Nacional ante el llamado del conductor del bus se hizo presente en el lugar de los hechos pero los estudiantes tras de cerrar las puertas de la Universidad agredieron a la autoridad con piedras y hasta bombas.

"Ante hechos como el presente no es procedente hacer uso de las armas; porque en tal caso otros hubieren sido los hechos y estaría la Nación demandada por los familiares de los muertos. La Policía Nacional no podía salvar un vehículo sin sacrificar la vida de varias personas.

"Por lo que se vivió ese día lo único que se podía hacer era disparar para tratar de entrar a los predios de la universidad pero los agentes no lo hicieron por respeto a la vida de los estudiantes.

"Así las cosas, y en un todo de acuerdo con el salvamento de voto del Dr. MARIO VELEZ A., solicito se revoque la sentencia consultada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda por no existir falla del servicio por parte de la Policía Nacional". (fls. 293-294. C.1).

- III -
VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, Dra. EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo OBSERVA:

"Para la prosperidad de las acciones administrativas tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado, se ha exigido por la jurisprudencia la comprobación de los siguientes elementos:

"a) Una falla o falta del servicio a cargo de la administración.

"b) Un daño cierto y determinado.

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

"La señora Fanny Arango de Ramírez, Gerente de Coonatra, expresa en su declaración visible a los fls. 124 a 126, que "los Gerentes de las empresas transportadoras solicitamos al Gobierno la protección por estos atentados y ellos prometieron, Gobernador, los militares y toda la rama del gobierno, protección y nos solicitaron muy encarecidamente no mermar el servicio de estos vehículos y nosotros bajo este compromiso prestamos el servicio normalmente. Se había hecho mucho énfasis por parte de todos los transporta-

dores de las áreas universitarias de una protección especial allí. PREGUNTADA: ¿Recuerda Ud. si el Alcalde de Medellín, el Comandante de la Policía, el Comandante de la Brigada Militar participaron en esa reunión y se comprometieron oficialmente a brindarle protección y ayuda a los vehículos T.S.S., especialmente en las universidades, para que no fuera a disminuir el servicio de transporte que se prestaba en la ciudad de Medellín? RESPONDIO: Sí participaron en la reunión del día 22 de febrero, día anterior a la quema de este bus. PREGUNTADA: ¿Qué lapso de tiempo transcurrió entre la reunión que los transportadores celebraron con las autoridades nacionales, departamentales y municipales y el incendio del bus de placas TB 1854 al cual nos hemos venido refiriendo? RESPONDIO: Más o menos a las 8 de la noche se terminó la reunión de una comisión que se nombró y a las 11 y 50 del día siguiente hora en que quemaron este vehículo".

"El conductor del vehículo mencionado, dice en su versión visible a los folios 120 a 123, sobre los hechos, lo siguiente: "Yo salí despachado a las 11 y diez de la mañana de la terminal del circular, de la Universidad de Medellín, salí normalmente a hacer el recorrido y llegando a la Avenida del ferrocarril con Barranquilla esperé a que el semáforo me diera la vía, cuando me dio la vía llegué al paradero de buses a las 11 y 50, cuando se montaron cuatro encapuchados con revólver y me quitaron las llaves y la plata, a los pasajeros los obligaron a bajar, iba con 36 pasajeros, luego se lo llevaron para las instalaciones de la Universidad, todos cuatro se fueron en el bus, luego corrí a llamar al cuerpo de Bomberos y a la Policía, a los 10 minutos llegaron a intervenir a defender el vehículo y no los dejaron entrar; tiraban piedras y bombas molotov, luego llegaron dos pelados en moto con extinguidores a defender el bus y no los dejaron entrar; las bombas eran como unas cajetillas o frascos que las tiraban y explotaban, eso es lo que llaman 'bombas molotov'; luego se retiraron todos hasta que se incendió el bus del todo, después llegó el dueño del vehículo, Juan C. Hernández y se entró a ver el vehículo y habló con los profesores o doctores allá; de ahí me fui yo para la casa y al otro día sacaron el carro de allá".

"De los anteriores medios probatorios se establece:

"a) Los Gerentes de las Empresas Transportadoras de Medellín, habían solicitado a las autoridades protección para prestar el servicio en forma normal, petición que se justificaba por los actos terroristas que venían ocurriendo a raíz de que el gobierno había dispuesto un nuevo servicio de transporte urbano conocido como T.S.S.

"b) Las autoridades llevaron a cabo una reunión el día 22 de febrero de 1984, con los transportadores, en donde se comprometieron a prestar la debida protección para que el transporte urbano no fuera alterado con motivo de los actos terroristas que se venían presentando.

"c) El bus de placas TB 1854, salió el día 23 de febrero de 1984, a cumplir la ruta acostumbrada, sin embargo pese a las promesas de protección de las autoridades, tanto su conductor como los pasajeros fueron bajados del vehículo por cuatro encapuchados y el vehículo conducido a la Universidad en donde fue quemado.

"d) Tanto la Policía como los bomberos acudieron al llamado del conductor del bus, pero su intervención no fue eficaz a pesar de conocerse con antelación los riesgos que corrían los automotores que prestaban el servicio urbano de transporte sin subsidio.

"Lo anterior indica que sí existió la falla del servicio por parte de la Policía Nacional y del Gobierno Municipal de Medellín, al no tomar las medidas necesarias para prevenir la quema de los vehículos que prestaban el servicio conocido como T.S.S., como ocurrió con el automotor de placas TB-1854. Más aún cuando existiendo riesgo para quienes prestaban dicho servicio, se les exigió por parte de las autoridades su normal prestación, con los resultados conocidos.

"Pero dicha falla del servicio, se resalta más cuando las autoridades encargadas de preservar el orden público, no lograron controlar la situación hasta el punto de no poder hacerse presentes en el lugar en donde el bus se encontraba porque los autores de los hechos lo impidieron.

"La alteración del orden público era manifiesta y de pleno conocimiento de las autoridades, incluidas las del municipio de Medellín, y éstas exigieron la prestación del servicio urbano conocido como T.S.S., servicio que había generado las protestas y algunos actos terroristas. Las autoridades no tomaron las medidas necesarias para garantizar el normal desarrollo de las rutas asignadas, no obstante que los transportadores habían solicitado de manera expresa una especial protección. De lo anterior debe deducirse, que tanto las autoridades municipales como la Policía Nacional son directamente responsables de lo ocurrido.

"La destrucción del automotor afiliado a Coonatra de placas TB 1854, cuando prestaba el servicio urbano, está debidamente acreditada con los diferentes testimonios, las fotografías visibles a los fls. 11 a 15 y en especial con la constancia visible al folio 10 en donde se expresa que la destrucción del automotor es de un 95% que no amerita su reparación.

"Existe relación de causalidad entre la falla de la administración y el daño ocasionado. Luego la responsabilidad administrativa del Municipio de Medellín y de la Nación - Policía Nacional, está debidamente acreditada y debe ser solidaria.

"Por lo expuesto, esta Fiscalía se permite solicitar a la Sala, se modifique la providencia apelada, para que se declare que también el Municipio de

Medellín es responsable de los hechos ocurridos y en consecuencia se le condene a pagar los perjuicios en forma conjunta con la Nación -Policía Nacional". (fls. 298-301, C1).-

- IV -
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Sala hace suya la perspectiva jurídica que manejó el *a-quo* y que lo llevó a concluir que en el *sub-lite* se acreditó, en debida forma, la falla del servicio. Del acervo probatorio fluye con claridad que para la época en que ocurrieron los hechos que se valoran (febrero 23 de 1984) se presentaron movimientos de protesta popular, en la ciudad de Medellín, con ocasión de la prestación del servicio de transporte conocido como T.S.S. (Transporte sin subsidio). Esta realidad llevó a los transportadores a solicitar una especial protección de la autoridad policiva en los puntos críticos del área urbana, como bien lo destaca la declarante FANNY ARANGO DE RAMIREZ, Gerente de Coonaltra (C 1, fol. 124) que el *ad-quem* valora en todo su universo, dadas sus condiciones personales y la forma como ilustra al sentenciador sobre distintas circunstancias particulares del caso. En lo sustancial de su exposición ella depone dentro del siguiente temperamento:

"PREGUNTADO: Es cierto, que en esa época se había dispuesto por el Gobierno un nuevo servicio de transporte conocido como T.S.S. (Transporte sin subsidio) que exigía a los vehículos que se iban a vincular a éste una inmejorable presentación estética y un insuperable servicio mecánico? CONTESTO: Tenía una revisión previa cada vehículo para cambiarle la tarjeta de operación con la palabra T.S.S. PREGUNTADA: Es cierto o nó, que precisamente el estable-cimiento de ese servicio T.S.S. originó la reacción de varios estamentos y algunos atentados terroristas contra dichos buses? RESPONDIO. Sí. PREGUNTADA: Ante esa situación qué hicieron los directivos del transporte, qué hicieron los gobernantes de turno para proteger a los dueños de los buses? RESPONDIO: *Los gerentes de las empresas transportadoras solicitamos al gobierno la protección por estos atentados y ellos prometieron, gobernador, los militares y toda la rama del gobierno, protección y nos SOLICITARON MUY ENCARECIDAMENTE NO MERMAR EL SERVICIO DE ESTOS VEHICULOS* y nosotros bajo este compromiso prestamos el servicio normalmente. Se había hecho mucho énfasis por parte de todos los transportadores de *LAS AREAS UNIVERSITARIAS de una PROTECCION ESPECIAL ALLI.* PREGUNTADA. Recuerda Ud. si el Alcalde de Medellín, el Comandante de la Policía, el Comandante de la Brigada Militar participaron en esa reunión y se comprometieron oficialmente a brindar protección y ayuda a los vehículos T.S.S., especialmente en las Universidades, para que no se fuera a disminuir el servicio de transporte que se prestaba a la ciudad de Medellín? RESPONDIO: *Si participaron en la reunión del día 22 de febrero, día anterior a la quema de este bus...*" (Subrayas de Sala).

B) El *ad-quem* hace la anterior valoración con la filosofía que informa el pensamiento del Profesor Jean Rivero quien enseña que la falla "...es un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, que incumbe a uno o varios agentes de la administración, pero no imputable a ellos personalmente...". Ese incumplimiento, prosigue el ilustre tratadista, debe examinarse a la luz del nivel medio que se espera del servicio "...variable según su misión y según las circunstancias...", estructurándose la falla, cuando éste se presta por debajo de ese nivel. Por todo ello, concluye, el juez debe apreciarla sin referencia a una norma abstracta pero sí preguntándose "...lo que en ese caso debía esperarse del servicio, teniendo en cuenta la dificultad mas o menos grande de su misión, de las circunstancias de tiempo (períodos de paz, momentos de crisis), de lugar, de los recursos de que disponía el servicio en personal y en material etc. De ello resulta que LA NOCION DE FALTA DE SERVICIO TIENE UN CARACTER RELATIVO, PUDIENDO EL MISMO HECHO, SEGUN LAS CIRCUNSTANCIAS, SER REPUTADO COMO CULPOSO O COMO NO CULPOSO" (Derecho Administrativo. Novena Edición. Caracas 1984, pág 303 y ss.ss.) (Subrayas de Sala).

La anterior precisión jurídica viene al caso, pues para más de un crítico de la jurisprudencia puede resultar extraño que, en casos similares al presente, las pretensiones hayan sido denegadas. Recientemente la Sala tuvo la oportunidad de hacer algunas precisiones jurisprudenciales en un caso sensiblemente igual al que ahora se falla, para destacar:

"Muestran los autos que por la época de los acontecimientos trágicos la ciudad de Bucaramanga vivió un especial estado de agitación, causado por el alza de las tarifas en el transporte urbano. Y si bien para contrarrestarlo se tomaron algunas medidas policivas, éstas no fueron suficientes para evitar los desmanes de los agitadores, los que terminaron con la quema de buses y con la muerte de la señorita...

Si bien es cierto la Sala estima que en casos como el narrado en la demanda no puede exigirsele a la autoridad que ponga a cada vehículo de transporte de pasajeros una escolta especial, por carecer de medios y de personal, sí considera que EN ESTADOS ESPECIALES DE AGITACION SE DEBE REDOBLAR LA VIGILANCIA EN AQUELLOS LUGARES DE MAYOR RIESGO DENTRO DEL PERIMETRO URBANO DE LA CIUDAD Y EN ESPECIAL EN CIERTAS RUTAS. En el caso concreto, según las voces de los testigos, el Sector de la Universidad, el Colegio Santander, El Tecnológico y los terminales de buses eran los puntos neurálgicos que requerían una especial vigilancia. Especial vigilancia que no se prestó en el lugar del accidente, pese a estar cerca la UIS. Uno de los testigos... vinculados a la empresa Transcolombia, afirma que pese a los pedidos de protección hechos con anterioridad por los transportadores y a las promesas de las autoridades, el día de la tragedia se prestó solamente el servicio ordinario de patrullaje y no se reforzó la vigilancia en los lugares de peligro..." (Sentencia, diciembre 11/1990. Expediente No. 5417. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo).

En el caso en comento el *ad-quem* encuentra que dentro del informativo no hay prueba alguna que acredite que la autoridad policiva hubiese tomado especiales medidas de protección y seguridad en el sector en donde ocurrieron los hechos, no obstante la situación delicada que se vivía en ese entonces, negligencia que facilitó la labor de los revoltosos que pudieron así retener el vehículo y llevarlo hasta los predios de la Universidad donde fue quemado a la vista de la policía y de los bomberos que vieron limitada su acción por distintas circunstancias que no alcanzan a tipificar la fuerza mayor, causal eximente de responsabilidad.

Perturbaciones del orden público, con el universo de la que se describe en el libelo, se han tornado frecuentes en el país y frente a ellas la administración suele limitarse a pedirle a los transportadores que no suspendan el servicio público pues de lo contrario se harán acreedores a las sanciones de Ley. Del otro lado, los delincuentes amenazan con acudir a las vías de hecho, creándose así una situación de callejón sin salida que debe romperse en favor de la comunidad, prestando en favor de ésta el servicio, pero con la seguridad de que la administración asume el costo del riesgo.

Frente a la situación que se deja estudiada, nada impide concluir, como ya se anticipó, que en el caso en comento se dio la falla del servicio, y, por lo mismo debe repararse el daño causado.

C) El fallo amerita, a juicio de la Sala, un ajuste en el valor de los perjuicios. El valor del vehículo no puede ser el de $2.308.800.oo que fijaron los peritos pues se destruyó en un 95%, quedando un valor de salvamento de cinco por ciento que debe ser descontado (C 1, fol 10). Se tendrá, pues, como precio histórico del bus a febrero 23/84 la suma de DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS ($2.193.360.oo), que se deberán actualizar a la fecha de ejecutoria de este fallo, tomando en cuenta para ello el índice de precios al consumidor certificado por el DANE a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia. Para tal efecto bastará aplicar la siguiente fórmula:

$$VF = vp\ x\ \frac{Indice\ Final\ de\ ejecutoria\ de\ la\ sentencia}{Indice\ inicial\ en\ febrero\ 23/84}$$

En donde:

VF= Valor Final o Indemnización

vp= Valor presente o suma que se actualiza ($2.193.360)

Indice Final= Indice Final-IPC del momento de la ejecutoria del fallo.

Ind. Inicial= IPC de febrero de 1984.

La Sala no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el *a-quo* para liquidar el lucro cesante. Los peritos consignaron en su peritaje que: "...la rentabilidad

contable de la industria del transporte es del 36% anual. Eso quiere decir que UN PATRIMONIO afectado a la actividad del transporte produce una renta del 36% anual, o 3% mensual" (C.1, fol.199). La Sala acoge el concepto pericial y por lo mismo, el lucro cesante que se reconocerá monta SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS MONEDA CORRIENTE MENSUALES ($65.800.80), que se deberán reconocer desde el día veintitrés (23) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y hasta el momento de ejecutoria de ésta sentencia, teniendo el buen cuidado de no liquidar intereses de intereses ni de actualizar la mensualidad indicada.

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. CONFIRMANSE los numerales PRIMERO, TERCERO, CUARTO, QUINTO y SEXTO de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el día cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro del proceso del rubro;

2. REVOCASE el numeral segundo de la misma providencia, el cual quedará así: "2. Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la Nación Colombiana-Policía Nacional, a pagar al Señor JUAN C. HERNANDEZ HENAO a título de perjuicios por DAÑO EMERGENTE, la suma de DOS MILLONES CIENTO NOVENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS ($2.193.360.00), los cuales deberán actualizarse en la forma indicada en los considerandos de éste proveído. Condénase igualmente a la Nación-Policía Nacional- a pagar al Señor JUAN C. HERNANDEZ HENAO, a título de lucro cesante, la suma de SESENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS CON OCHENTA CENTAVOS ($65.800.80), por el período comprendido entre el 23 de febrero de 1984 y la fecha de ejecutoria de ésta sentencia. La liquidación se deberá hacer en la forma indicada en los considerandos de este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Julio César Uribe Acosta, Carlos Ramírez Arcila, Policarpo Castillo Dávila.*

Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

SECCION CUARTA

DEMANDA - Requisitos/ **COPIA DEL ACTO/ PUBLICACION/ DEMANDA** - Corrección

Tratándose de acto general e impersonal era necesario acreditar la circunstancia de su "publicación" de la cual dependía la producción de sus efectos. Sabido es que el rigor que en esta materia contenía el Decreto 01/84 al establecer la inadmisión de la demanda por defectos formales, fue mitigado con la reforma al artículo 143 que consagró el artículo 26 del Decreto 2304/89, con el criterio de que tratándose de defectos simplemente formales no se castigue con la inadmisión (lo que generaba su pérdida en las acciones particulares por ocurrencia de la caducidad, sino que se dé oportunidad al actor para subsanar la omisión en que haya incurrido.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3318. Actor: José James Chavez Muñoz - Contra Municipio de Neiva. -AUTO-.

La apoderada judicial del municipio de Neiva, capital del departamento del Huila, oportunamente interpuso recurso de apelación contra el Auto del 13 de septiembre de 1990 mediante el cual el Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda de nulidad, con suspensión provisional, que el ciudadano JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ, entabló en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo contra varios artículos y apartes del Acuerdo Municipal expedido por el Concejo de Neiva No. 42 de

1989 por el cual se dictaron disposiciones en materia de Impuesto de Industria y Comercio y complementarios.

En la providencia impugnada, el Tribunal aceptó la demanda "por reunir los requisitos legales" y accedió a decretar la suspensión provisional de varias de las disposiciones acusadas.

La impugnación de la Entidad Oficial demandada se concreta en oponerse a la admisión de la demanda por considerar que ésta no fue en forma ya que la copia del acto acusado (Acuerdo No. 42 de 1989), no reúne las características y requisitos que la ley exige para traer al proceso judicial.

Tras un análisis del contenido del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo tal como quedó redactado en el Artículo 25 del Decreto 2304 de 1989, dentro de cuya vigencia se presentó la demanda, la apelante considera que el Tribunal pasó por alto algunas de las exigencias de dicha norma como es la de que la debe acompañar la copia hábil (autenticada) del acto acusado, con la constancia de su publicación.

Pone en duda la autenticidad de la copia allegada al proceso por el actor porque solamente aparece en el anverso del folio 16 la constancia y firma de la Secretaría del Concejo de Neiva, pero no aparece constancia alguna de su publicación, ni manifestación sobre renuencia de la administración para expedirla, como lo contempla el inciso 4° del artículo 139.

En consecuencia estima la apelante que por no reunir los presupuestos procesales, no ha debido admitirla el Tribunal y como consecuencia de ello resulta equivocada y no ajustada a derecho la suspensión provisional puesto que ésta se resuelve en el Auto Admisorio, es decir que es un hecho consecuencial de la admisión de la demanda.

CONSIDERACIONES

Ciertamente el Código Contencioso Administrativo en su artículo 139 ha sido muy claro al indicar que "a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado..." porque es fundamental acreditar la existencia real de éste, ya que todo el proceso y la controversia giran a su alrededor. Por ello la ley siempre ha exigido el cumplimiento de este requisito que resulta básico para la iniciación y desarrollo del debate procesal.

De ahí que también la ley haya adoptado previsiones sobre aspectos del acto que pueden producir algunas consecuencias procesales. Es así como exige las constancias de su "publicación, notificación o ejecución, si son del caso" dependiendo cada uno de éstos de la naturaleza del acto. Tratándose de acto general e impersonal como el Acuerdo Municipal demandado, regulador de un impuesto, era necesario acreditar la circunstancia de su "publicación" de la cual dependía

la producción de sus efectos, que precisamente la demanda solicitaba suspender provisionalmente.

Dentro de este criterio son comprensibles las previsiones de los incisos segundo y tercero del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo cuando disponen que:

> "Se reputan copias hábiles para los efectos de este artículo, las publicadas en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticación.
>
> Cuando la publicación se haya hecho en otros medios, la copia tendrá que venir autenticada por el funcionario correspondiente".

Y, a continuación, regula el evento de que se deniegue la entrega de la copia o constancia de su publicación, autorizando al demandante para expresarlo así en el libelo para que el Magistrado la reclame a la Entidad Oficial.

En el caso que examina la Sala, la autenticación de la copia presentada por el actor ciertamente deja qué desear, por cuanto la firma del Secretario sólo aparece en la última página, pero aún aceptándola como copia fiel, carece totalmente de constancia o prueba del hecho de su publicación, elemento que resulta indispensable para definir si el Acuerdo está o no produciendo efectos.

Sabido es que el rigor que en esta materia contenía el Decreto 01 de 1984 al establecer la inadmisión de la demanda por defectos formales, fue mitigado con la reforma al artículo 143 que consagró el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989, con el criterio de que tratándose de defectos simplemente formales no se castigue con la inadmisión (lo que generaba su pérdida en las acciones particulares por ocurrencia de la caducidad), sino que se dé oportunidad al actor para subsanar la omisión en que haya incurrido.

Consecuente con lo anteriormente expuesto, la Sala concluye que el Tribunal erró al admitir la demanda que no estaba completamente presentada "en forma", pero que la solución no era la de la inadmisión, como lo sugiere la apelante, sino la devolución para su corrección por parte del actor, como lo prevé el Artículo 143 del C.C.A. en su nueva versión.

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

RESUELVE:

1o. Revócase el Auto del 13 de septiembre de 1990 dictado en este proceso por el Tribunal Administrativo del Huila.

2o. Vuelva al citado Tribunal para que proceda de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ DEDUCCION/ GASTO FINANCIERO/ GASTO LABORAL/ COMPONENTE INFLACIONARIO - Deducibilidad

El artículo 2° del Decreto 535/87, no hizo otra cosa que diferenciar los gastos de la empresa en laborales y financieros, considerando los intereses sobre cesantías como laborales y deducibles en su totalidad; al contrario, la limitación contenida en la ley se refiere a los gastos financieros. No se advierte entonces que la no deducibilidad del componente inflacionario de los intereses afecte gastos laborales sino solamente financieros. No siendo, según el espíritu de la Ley 75/86, el componente inflacionario de los intereses a la cesantía, un gasto financiero sino una erogación de origen laboral, es improcedente anular el artículo 2° demandado. Tampoco el artículo 6° de la misma norma, pues la ley determina los porcentajes que no pueden deducirse y el reglamento señala los que sí pueden deducirse por constituir costo; se observa que los porcentajes respectivos se complementan entre sí.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 1913. Actor: Pedro Silvio Pulido Pinto. C/Gobierno Nacional.- Autoridades Nacionales. FALLO.

El ciudadano PEDRO SILVIO PULIDO PINTO quien se identifica con la Cédula de Ciudadanía Número 17.125.380 en uso de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicita a la Corporación que se declare la nulidad de los artículos 2° y 6° del Decreto reglamentario No. 0535 de 1987.

Solicitó, asímismo, el actor la suspensión provisional de las disposiciones acusadas por violar en forma ostensible normas superiores de derecho.

ANTECEDENTES:

Mediante auto de 29 de abril de 1988 se admitió la demanda y se suspendió en forma provisional el artículo 2° demandado "pues consideró la Sala Unitaria que al crear dicho artículo una excepción para los intereses generados en las deudas del patrono sobre cesantías de los trabajadores, contradice el artículo 27 de la Ley 75 de 1986, conforme a cual no es deducible como costo o deducción el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros incluidos los ajustes por diferencias de cambio, pues auncuando la deuda es en su origen laboral, el interés que el patrono paga a su trabajador constituye remuneración al capital que recibe tal trabajador por cesantía".

El artículo 6° igualmente demandado no fue suspendido por no haber contradicción en los términos de las respectivas normas.

Suplicada, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la providencia que suspendió el artículo 2° del Decreto 535/87. La Sala revocó la suspensión fundando su decisión, así:

> "El precepto cuya suspensión provisional se impugna reputa como gasto laboral los intereses de las cesantías y, en consecuencia, permite la deducción total de los mismos, si el contribuyente que los paga cumple los requi-sitos que exige la ley para aceptar la deducción. Al parecer su fundamento reside en que se trata de obligación patronal que accede a una prestación social que se origina en relaciones laborales sujetas a régimen y tratamiento especial. Y como la ley los fija en un porcentaje no susceptible de curso forzoso, no tienen el componente inflacionario que suele tomarse en cuenta en el mercado de capitales para las operaciones de crédito en general".

Consideró que la dilucidación del componente inflacionario, la índole de los intereses y la distinción frente a los gastos financieros -se deben considerar en la sentencia que ponga fin al proceso.

LA PARTE OPOSITORA

Luego de transcribir las normas sustantivas y las reglamentarias que se acusan de ser violatorias de las anteriores, considera que la ley no crea limitación para todos los intereses pues al analizar la disposición (art. 29 Ley 75/86) la limitación se refiere "a los intereses de carácter financiero y a ningún otro". Tal disposición al usar la expresión "intereses y demás costos y gastos financieros"

le está dando una connotación especial al término "interés" al tratarlo expresamente como GASTO FINANCIERO".

Transcribe la definición del término financiación contenida en el diccionario enciclopédico Tm. r. Edit. Planeta S.A. Como el "conjunto de actividades destinadas a proporcionar *fuentes de financiación o recursos económicos que la empresa necesita para llevar a cabo la realización de sus inversiones"*, y los gastos de financiación como "aquellas erogaciones en que un sujeto económico incurre para la *obtención, uso o devolución* de capitales financieros puestos a su disposición por terceras personas. Están generados por la utilización de capitales *ajenos* como fuente de financiación" (Lo subrayado es del texto).

"La suma de los gastos financieros, precio del uso del capital ajeno, y de los dividendos, precio del uso de los capitales propios constituyen el uso total de la financiación de la empresa, el cual variará según la estructura financiera de la misma".

Interpreta, de conformidad con la subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales (concepto 20209 de julio 31/87) como gastos financieros los que incluyen "además de los intereses toda deducción o costo que se paga a título de intereses, corrección monetaria, diferencia en cambio, comisiones que tengan relación con las operaciones crediticias, y en general todo otro gasto de naturaleza financiera que se cause en el país o en el exterior, incluidas las diferencias de cambio que originen por la conversión de moneda nacional, con motivo de la financiación de deudas en el exterior".

Considera conforme a las definiciones anteriores que el artículo 29 de la Ley 75/86 limita la deducibilidad de los intereses únicamente cuando sean pagados como gastos financieros, esto es, cuando su pago se debe a la consecución de recursos económicos ajenos para la realización de actividades del contribuyente. En consecuencia, los intereses pagados por conceptos diferentes a la financiación del ente económico, no tienen las limitaciones para su deducción que contempla la norma comentada.

En cambio, el artículo 29 de la Ley 75/86 reglamentado por el artículo 2° del Decreto 353/87 reiteró el tratamiento fiscal dado a los intereses sobre cesantías, considerándolos como gastos laborales, y, por tanto, deducibles de la renta.

Conforme los define el diccionario citado los gastos laborales son "el conjunto de las distintas contraprestaciones que, referente al personal tiene lugar en concepto dc retribuciones, cargos o atenciones de la unidad empresarial".

"Está integrado este concepto por gastos como sueldos y salarios, transporte de personal y seguridad social de los trabajadores por cuenta de la empresa y otros gastos de carácter oficial".

Dentro de los gastos laborales se encuentra el auxilio de cesantía definido por el artículo 249 del C.S.T., que obliga a los patronos a cancelar a sus trabajadores y demás personas "al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicio, y proporcionalmente por fracción de año".

La cesantía es según sentencia del H. Consejo de Estado de 14 de junio de 1974, "un salario diferido..., cuya efectividad está *condicionada por la terminación del contrato de trabajo...*". (Lo subrayado es del texto).

Transcribe el artículo 1° de la Ley 52/75 que estableció para los patronos la obligación de reconocer y pagar a los trabajadores "intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga a su favor por concepto de cesantía. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables". Para el trabajador desde el punto de vista tributario, el auxilio de cesantía y los intereses de las cesantías recibidos al término del contrato de trabajo, son rentas de trabajo exentas (art. 35, num. 4, Ley 75/86). Para el patrono son deducibles las cesantías (art. 50 Decreto 2053/74), y los intereses son deducibles en su totalidad (artículo 2° Decreto reglamentario 535/87). En resumen pide que no se anule la norma demandada por corresponder a un gasto laboral y no a un gasto financiero, pues no son préstamos que el trabajador hace al patrono para que maneje sus dineros y obtenga recursos económicos para sus actividades como empresario.

Igualmente se opone a que se anule el artículo 6° del Decreto 535/87, teniendo en cuenta que esta disposición es reglamentaria de dos normas de superior jerarquía (arts. 27 y 29 Ley 75/86) como lo demuestra con ejemplos en los que utiliza los mismos guarismos traídos por la demandante, con igual resultado. Dice en su alegato:

> "La norma reglamentaria simplemente tomó en cuenta los preceptos contenidos en los artículos 27 y 29 de la Ley 75, con el fin de hacerlos más prácticos y entendibles, determinando los porcentajes que SI pueden ser deducibles de los ingresos, costos o gastos financieros".
>
> "Mientras la Ley 75 prescribe los porcentajes del componente inflacionario que no pueden ser deducidos (año 1986: 5.24% y 3.26% deudas en moneda nacional y extranjera respectivamente), el reglamento establece los porcentajes que SI constituyen costo y son deducibles (94.76% deudas en moneda nacional y 96.74% deudas en moneda extranjera). Observa que los porcentajes mencionados se complementan, como es apenas lógico (5.24% + 94.76% y 3.26% + 96.74%)".
>
> "Ya sea que el contribuyente efectúe sus operaciones tomando en cuenta las disposiciones de la ley como la del reglamento, el resultado será siempre

igual, como se demostrará más adelante, sea que se enuncie por la forma negativa o afirmativa. Para ello se deberá establecer en primer lugar y como paso obligatorio cual es el ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional de lo (sic) rendimientos recibidos, tomando en cuenta la sumatoria de los valores certificados por la entidad pagadora. De la suma así determinada se deberá restar los intereses o costos y gastos financieros, *limitados* como antes se indicó".

"El valor que así se obtenga será la parte no constitutiva de renta ni ganancia ocasional de los rendimientos percibidos por el ahorrador" (inc. 3°, art. 6° Decreto 535/87).

Luego muestra con ejemplos la forma de determinar el ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional que deberá certificar la entidad pagadora para llevarlo a la correspondiente declaración de impuestos.

Explica por medio de un ejemplo como, si se sigue el procedimiento ordenado por el inciso 3° y el parágrafo 1° del artículo 27 y el artículo 29 de la Ley 75/86 en el caso de que haya ingresos y gastos financieros, se obtienen resultados idénticos que al dar aplicación a la norma reglamentaria (art. 6° Dto. 535/87).

Finalmente resume su petición y solicita que se declaren ajustados a derechos los preceptos demandados.

EL MINISTERIO PUBLICO: Sostiene que los planteamientos del actor son acertados y por tanto deben admitirse aceptando las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las normas cuya anulación se solicita expresan textualmente:

DECRETO 535/87.-

Artículo 2°.- "Para efectos de lo previsto en el artículo 29 de la Ley 75 de 1986, se considera como un gasto laboral y no como un gasto financiero, el valor de los intereses sobre cesantías que deben reconocer los patronos a sus trabajadores. En consecuencia, tales intereses podrán ser deducidos en su totalidad de la renta del contribuyente, siempre que cumplan los demás requisitos que para su aceptación exigen las normas vigentes".

La disposición supuestamente violada, dice:

"Ley 75/86, artículo 29.- A partir del año gravable de 1986, no constituirá costo ni deducción el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros, incluidos los ajustes por diferencia en cambio, en el porcentaje que se indica a continuación".

El actor sostiene que la ley consagra una limitación a los costos y deducciones provenientes de las erogaciones por intereses y demás gastos financieros que sufraguen los contribuyentes del impuesto sobre la renta. La violación se concreta en que mientras la ley establece limitación para todos los intereses y gastos financieros, la norma reglamentaria (art. 2° Dto. 535/87) consagra una excepción para los intereses sobre la cesantía a los cuales no afecta la limitación.

De la lectura de la norma legal se establece que al decir "A partir del año gravable de 1986 *no constituirá costo ni deducción, el componente inflacionario de los intereses y demás costos y gastos financieros...*" (Subraya la Sala) se está refiriendo a los generados en la consecución de recursos económicos para financiar la empresa. La disposición legal es clara, pues hace referencia al gasto financiero originado en los intereses, por préstamos de capital; los gastos de financiación son erogaciones generales en la utilización de capitales ajenos para la realización de determinada actividad productora de ingresos.

El artículo 2° del Decreto 535/87, no hizo otra cosa que diferenciar los gastos de la empresa en laborales y financieros, considerando los intereses sobre cesantías como laborales y deducibles en su totalidad, pues siendo la cesantía (Obligación principal) deducible, también lo son los intereses por tratarse de obligación accesoria. Son gastos de tal naturaleza los salarios, prestaciones sociales, seguridad social de los trabajadores y en general aquellos en que incurre la empresa por la prestación de una labor de carácter personal los que son deducibles para ésta. Al contrario, la limitación contenida en la ley se refiere a los gastos financieros como se deduce de la explicación del pliego de modificaciones y del articulado hecha en el Congreso de la República en la cual se dijo: "La propuesta del Gobierno de no aceptar la deducibilidad del componente inflacionario de los intereses como mecanismo para equilibrar las fuentes de financiamiento de la empresa, es adicionada con la inclusión en la parte no deducible, del ajuste por diferencia en cambio, en el caso de deudas en moneda extranjera".

"El efecto producido por la no deducibilidad del componente inflacionario de los intereses que pretende además desestimular altos índices de endeudamiento debe ser mitigado con la mayor deducción sobre depreciación sobre activos fijos..." (Historia de las Leyes 1986, pág. 248). De acuerdo con lo anterior no se advierte que la no deducibilidad del componente inflacionario de los intereses afecte gastos laborales sino solamente financieros pues los términos utilizados por el Legislador en la parte transcrita así lo dan a entender. Además el capítulo III de la Ley 75/86 sobre "rendimientos y gastos financieros" hace referencia a obligaciones de carácter civil comercial, no a obligaciones de origen laboral. Fuera de lo anterior si se tiene en cuenta el porcentaje de interés a la cesantía (12% anual, art. 1°, Ley 52/75) se advierte que tales intereses no incluyen ni tienen componente inflacionario pues la inflación anual en Colombia es superior a tal porcentaje.

Conforme a lo expuesto, y no siendo, según el espíritu de la Ley 75/86, el componente inflacionario de los intereses a la cesantía, un gasto financiero sino una erogación de origen laboral, es improcedente anular el artículo 2° demandado.

El artículo 6° igualmente demandado dispone:

"Para efectos de calcular el valor no constitutivo de renta ni ganancia ocasional de los rendimientos financieros que perciban las personas naturales y sucesiones ilíquidas, a que se refiere el artículo 27 de la Ley 75/86, cuando el contribuyente solicite costos y deducciones por intereses y demás gastos financieros se seguirá el siguiente procedimiento".

"De la sumatoria de los valores certificados como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional según lo dispuesto en el artículo anterior, el ahorrador restará previamente las siguientes cifras:"

"1o. El 96.74% de los costos y gastos financieros por concepto de deudas en moneda extranjera, incluido el ajuste por diferencia en cambio, relativas al año gravable de 1986".

"2o. El 94.76% de los demás costos y gastos financieros en que haya incurrido en el año gravable de 1986".

"3o. ..."

En cuanto a la violación que en concepto del actor contiene el artículo 6° copiado, arguye el parágrafo 1° del artículo 27 de la Ley 75/86 que dice:

"Cuando los contribuyentes a que se refiere el presente artículo, soliciten costos o deducciones por intereses y demás gastos financieros, dichos costos y gastos serán deducidos previamente para efectos de determinar la parte no gravada de los rendimientos financieros, de conformidad con lo previsto en el presente artículo".

Desarrolla el concepto de la violación diciendo que la norma citada establece una desgravación de la totalidad del componente inflacionario de los rendimientos financieros obtenidos por personas naturales y sucesiones ilíquidas. Agrega que como el contribuyente puede tener ingresos y gastos financieros simultáneamente, la disposición transcrita señala un procedimiento para establecer en ese caso especial cual es la parte del rendimiento financiero beneficiado con la desgra-vación. Procedimiento consistente en restar de los ingresos financieros los gastos financieros y dejar un neto al cual se le aplica el porcentaje no constitutivo de renta ni ganancia ocasional señalado por el inciso 2° del mismo artículo 27. En cambio el artículo 6° demandado establece un procedimiento diferente que da resultados distintos no previstos en la ley.

La Sala observa que la disposición acusada combina los precedimientos de los artículos 27 y 29 de la Ley 75/86, a saber:

a) La parte del componente inflacionario de los rendimientos financieros no constitutiva de renta ni ganancia ocasional se forma multiplicando el total del rendimiento recibido (certificado por la entidad pagadora) por el porcentaje que resulte de dividir la tasa de corrección monetaria vigente en 31 de diciembre del año gravable por la tasa de interés anual que corresponda a los rendimientos recibidos por el ahorrador (art. 27, inc. 2°, Ley 75/86). En el ejemplo traído por la demanda (fl. 15) la tasa de corrección monetaria en 31 de diciembre de 1986 es de 20.43% y la tasa de interés es del 31.62%.

Pero los costos y deducciones aplicables a los rendimientos no pueden deducirse en su totalidad porque el artículo 29 *ibídem* los limita por cada año gravable (10% para 1986, no constitutivo de costo ni de ganancia ocasional). Se determina el componente inflacionario de los intereses y demás gastos financieros, como lo dispone el artículo 29, inciso 2° de la Ley 75/86 multiplicando el valor bruto de tales gastos por la proporción que exista entre la tasa de corrección monetaria vigente a 31 de diciembre del año anterior al gravable y la tasa de colocación más representativa a la misma fecha, certificada por la Superintendencia Bancaria. Para 1986, el 5.24% de los intereses y demás costos y gastos financieros no constituye costo ni deducción (art. 11, Dto. 400/87).

Si se trata de deudas en moneda extranjera el costo se determina conforme al inciso 3° del artículo 29 de la Ley 75/86 y el inciso 2° del artículo 11 del Decreto 400/87 que señaló como no deducible el 3.26% del costo y la deducción. Y si se obtienen rendimientos financieros y se solicitan costos y deducciones por intereses y demás costos y gastos financieros éstos para ser deducibles deberán limitarse conforme lo dispone el artículo 29 de la Ley 75/86. Siempre para determinar la parte no gravada de los rendimientos financieros, es fundamental la certificación sobre los rendimientos obtenidos.

La ley determina los porcentajes que no pueden deducirse (5.24% y 3.26% en moneda nacional y extranjera respectivamente para 1986), y el reglamento señala los que sí pueden deducirse por constituir costo (94.76% para deudas en moneda nacional y 96.74% en moneda extranjera). Se observa que estos porcentajes se complementan entre sí.

Partiendo del ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional traido como ejemplo por el demandante por $1'162.980,oo, se tiene:

1o. PROCEDIMIENTO SEGUN LA LEY: Teniendo en cuenta la parte del rendimiento financiero no constitutivo de renta ni ganancia ocasional (inciso 3°, parágrafo 1°, arts. 27 y 29 Ley 75/86). Hay ingresos y gastos financieros.

Ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional	$ 1'162.980

Menos: Deducciones			
a) Deudas en moneda extranjera	$ 180.000		
Parte que no constituye costo o gasto (3.26% de $180.000=5.868)		$ 174.132	
b) Deuda nacional	$ 350.000		
Parte que no constituye costo o gasto (5.24% de $350.000=$18.340		$ 331.660	
c) Préstamos para vivienda		$ 210.000	$ 715.792
Ingreso neto no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional			$ 447.188

2o. PROCEDIMIENTO SEGUN EL DECRETO 535/87: (Hay ingresos y gastos financieros).

Ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional			$ 1.162.98
Menos: Deducciones:			
a) Deuda en moneda extranjera	$ 180.000		
Parte deducible (96.74%)		$ 174.132	
b) Deuda en moneda nacional	$ 350.000		
Parte deducible (94.76%)		$ 331.660	
c) Préstamo para vivienda		$ 210.000	$ 715.792
Ingreso neto no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional			$ 447.188

Verificada la comparación de los resultados anteriores se concluye que cualquiera de los procedimientos utilizados (ley o reglamento) indican la no violación por las disposiciones acusadas de las normas legales contenidas en los artículos 27 y 29 de la Ley 75 de 1986, por lo que no procede la anulación de las disposiciones de orden reglamentario demandadas.

En mérito de las anteriores consideraciones 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:

Niegánse las peticiones 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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA - Interpretación/ **PRETENSIONES**

No puede el juzgador a través de un rigorismo formal, declarar incorrecta la formulación de la demanda si interpretada ésta permite señalar sin lugar a duda la pretensión del demandante. Más aún, si como lo estima la colaboradora fiscal, la acción se interpuso en la etapa de transición y operancia del nuevo procedimiento establecido por el Decreto 01 de 1984; bastaba una ligera interpretación para concluir que en la demanda se solicitó la nulidad del acto administrativo que modificó la obligación fiscal del contribuyente por el año gravable de 1979 y que la acción ejercida es la de retablecimiento del derecho.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ DERECHO SOCIAL - Determinación

Establecido por la ley el valor patrimonial del derecho social a prorrata del aporte, no existe duda de su determinación legal con base en el patrimonio neto de la sociedad. Entidad ésta a quien correspondía demostrar a través del ejercicio de las acciones correspondientes las equivocaciones de la Administración en la determinación de su patrimonio neto, y solo en la medida que la sociedad lograra desvirtuar dicha actuación podría modificarse el reparto a los socios. Pero si la sociedad no desvirtúa su incremento patrimonial, no puede la Administración modificar los impuestos al socio independientemente del acto administrativo practicado a aquella.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2804. Actor: Omar de Jesús Alfonso Fonseca. Apelación sentencia del 10 de noviembre de 1989, Tribunal Administrativo de Boyacá. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta-1979. -FALLO-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia del 10 de noviembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, se declaró inhibido para conocer de fondo en el juicio de restablecimiento del derecho y nulidad, intentado por el señor Omar de Jesús Alfonso Fonseca, contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo por el año gravable de 1979.

ANTECEDENTES

El 21 de mayo de 1980, el contribuyente presentó la declaración tributaria y liquidación privada del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1979, incluyendo los aportes y participaciones en la sociedad "Otálora Alfonso y Asociados, Arquitectos Ltda". La Administración de Impuestos mediante reque-rimiento 000418 del 13 de mayo de 1982 propuso al contribuyente la modificación de su liquidación privada, incrementando el valor de los aportes y participaciones en la mencionada sociedad de acuerdo con los resultados del reparto fiscal a socios que le correspondiera en la liquidación de revisión de la sociedad, a la cual se le propuso igualmente modificaciones de ingresos y patrimonio. Planteó así mismo, la determinación de la renta líquida del socio por el sistema de comparación de patrimonios.

Como consecuencia de la distribución a socios, hecha en la liquidación de revisión a la sociedad, mediante liquidación de revisión 000384 de fecha 26 de agosto de 1986, la administración determinó la renta al socio por el sistema especial de comparación de patrimonios, habida cuenta del incremento en la participación social y liquidó el mayor impuesto a cargo del contribuyente.

Contra dicho acto administrativo, el contribuyente interpuso recurso de reconsideración por la vía gubernativa, que fue fallado contrariamente a sus pretensiones, razón por la cual acudió en juicio de revisión de impuestos pidiendo revisión de la operación administrativa y como resultado de la misma, la nulidad de la liquidación de revisión acusada, alegando violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 62 del Decreto 1651 de 1961, 22 del Decreto Reglamentario 825 de 1978 y 31 de la Ley 52 de 1977.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Boyacá, se declaró inhibido para fallar de fondo del asunto al considerar que en el nuevo Código Contencioso Administrativo, bajo cuya vigencia se instauró la demanda, el juicio especial de impuestos

quedó asimilado a la acción de restablecimiento del derecho y que es requisito en esta clase de acciones que, además de pedirse la nulidad del acto administrativo, se impetre como consecuencia, el restablecimiento del derecho o reparación del daño, y que la demanda tiende a que primordialmente se revise la operación administrativa y secundariamente, que como resultado de la revisión, se declare, ya no la nulidad de la operación administrativa sino únicamente la de la liquidación oficial de revisión.

Que además el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo enumera los requisitos que debe contener la demanda, señalando en su numeral 2° a "lo que se demanda", u objeto de la pretensión y que en el caso de autos al pedir revisión de la operación administrativa y como consecuencia la nulidad de la liquidación de revisión, sin que diga porque actos esta conformada dicha operación administrativa, las pretensiones resultan vagas, inadecuadas e imprecisas, al no señalar como demandados el requerimiento especial No. 000418 de mayo 13 de 1982, ni la Resolución No. 000032 del 18 de enero de 1984.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora, admitiendo que la demanda incurrió en imprecisión técnica en el *petitum*, dice que tal hecho no afecta sustancialmente el proceso y la causa de la petición y que cuando la sentencia manifiesta que en la demanda han debido formularse las peticiones a la inversa, interpretó y sabía exactamente que pretendía el actor, luego mal podía concluirse con fallo inhibitorio.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelación, por considerar que no es válido el argumento presentado por la parte actora, en la sustentación del recurso de apelación alegando que debido al tránsito de legislación se hubiera cometido imprecisión técnica en las peticiones, porque las normas de procedimiento son de inmediato cumplimiento y el desconcimiento de ellas no puede ser causa justificada de errores en la formulación de la demanda, y que además si la vía gubernativa se agotó con la Resolución No. 000033 del 18 de enero de 1984, la parte actora en sus peticiones debió solicitar la nulidad de toda la operación administrativa y no sólo de la liquidación de revisión.

En cuanto al fondo del asunto, manifiesta que no existe razón al demandante al pedir la nulidad del acto administrativo por haberse practicado el requerimiento al socio sin que hubiera concluido el proceso gubernativo de modificación de la liquidación privada de la sociedad, ya que el acto administrativo de liquidación de revisión se practicó al socio el 26 de agosto de 1982, cuando ya se había practicado liquidación de revisión a la sociedad el 24 del mismo mes y año, y ésta, agotada la vía gubernativa acudió en acción contenciosa y el Consejo de

Estado mediante sentencia del 24 de noviembre de 1986 confirmó, revocando previamente la sentencia de primera instancia, el acto administrativo de determinación de impuestos practicado por la administración de impuestos a la sociedad.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Olga Lucía Zuluaga V., Fiscal Sexta de la Corporación, no comparte el fallo inhibitorio de la primera instancia, porque, interpuesta la demanda en el período de transición de la Ley 167 de 1941 al Decreto 01 de 1984, que cambió la acción de revisión de impuestos por la nulidad y restablecimiento del derecho, bastaba una ligera interpretación para concluir que en la demanda y a través de la nueva acción, sí se solicitó la nulidad del acto principal que modificó la obligación fiscal del contribuyente por el año gravable de 1979 y que surge evidentemente la petición del restablecimiento del derecho al pedir la confirmación de la liquidación.

En cuanto al aspecto de fondo, estima que la petición de pruebas en la vía gubernativa tendientes a demostrar el estado de no consolidación, en que se encontraba el proceso de fiscalización de la sociedad, no eran procedentes, pues teniendo en cuenta el origen de la actuación oficial, modificación del reparto social, tales pruebas eran inconducentes para modificar la actuación fiscal. Considera, sin embargo, que en aplicación del artículo 42 del Decreto 2053 de 1974, se debe conocer el fallo que fijó en forma definitiva la renta líquida gravable a la sociedad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto fundamental de la apelación está en determinar si efectivamente como lo afirma el Juez de primera instancia, la demanda no cumplió los requisitos señalados por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 135, de manera tal que no pudieron delimitarse claramente las peticiones, ni cumplió con la exigencia de individualización del acto demandado, o si por el contrario, como lo sostiene el apelante tales requisitos si fueron cumplidos.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, vigente cuando el apoderado judicial de la parte actora presentó la demanda:

> "Todo persona que se crea lesionada en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica, podrá pedir que, además de la anulación del acto administrativo, se le restablezca en su derecho, o se le repare el daño.
>
> La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

Observa la Sala, que el contribuyente en su libelo demandatorio pide un juicio especial de revisión, para que mediante el procedimiento previsto en el Título XXIV del Código Contencioso Administrativo, se revise la operación

administrativa y como resultado de esa revisión se declare la nulidad de la liquidación oficial de revisión, y subsidiariamente, si no se atiende a la nulidad, se atiendan las explicaciones y pruebas dadas desde la etapa gubernativa.

La demanda en el proceso Contencioso Administrativo como lo ha precisado en repetidas acciones esta Sala, como acto procesal introductorio debe llenar determinados requisitos formales y de fondo, ya que es el instrumento para ejercitar la acción respectiva, formular las pretensiones y a través de ella delimitar el marco jurídico del proceso y por lo tanto de la sentencia.

No obstante no puede el juzgador a través de un rigorismo formal, declarar incorrecta la formulación de la demanda si interpretada ésta permite señalar sin lugar a duda la pretensión del demandante. Más aún, si como lo estima la colaboradora fiscal, la acción se interpuso en la etapa de transición y operancia del nuevo procedimiento establecido por el Decreto 01 de 1984; bastaba una ligera interpretación para concluir que en la demanda se solicitó la nulidad del acto administrativo que modificó la obligación fiscal del contribuyente por el año gravable de 1979, y que la acción ejercida es la de restablecimiento del derecho, razón por la cual el fallo apelado debe revocarse y proceder en cambio al estudio de fondo de las peticiones formuladas.

La petición de la demanda no es otra que la pretensión de nulidad del acto administrativo de liquidación en razón de haberse practicado según criterio de la demandante, violando la presunción de veracidad tanto de la declaración de renta como de la respuesta al requerimiento, sin que la administración hubiera demostrado que el contenido de la declaración no responde a los parámetros respectivos; porque en este caso cuando se produjo el requerimiento aún no se había practicado liquidación a la sociedad de la cual el actor es socio. Y porque al no haberse practicado prueba de inspección contable a la sociedad, se violó su derecho de defensa.

Observa la Sala que el requerimiento practicado a la demandante tuvo como causa previa el requerimiento practicado a la sociedad OTALORA ALFONSO Y ASOCIADOS ARQUITECTOS LTDA., razón por la cual le propone el incremento de los aportes y participaciones en dicha sociedad en las sumas de $1.585.964 y $1.234.711, respectivamente.

Posteriormente con base en la liquidación de revisión practicada a la sociedad mencionada, se efectuó el reparto fiscal de participación y patrimonio a los socios y en virtud del mismo se modificó la liquidación privada presentada por el demandante, determinándole la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios, debido al incremento patrimonial que resultó como consecuencia del mayor valor patrimonial en la sociedad.

De conformidad con el artículo 119 del Decreto 2053 de 1974, el valor de los derechos sociales del contribuyente, en entidades distintas de las sociedades anónimas y en comandita por acciones se estima en lo que a prorrata de los aportes

le corresponda en el patrimonio neto de la sociedad a no ser que su precio de adquisición sea mayor, caso en el cual debe optar por este mayor valor.

Entonces si la Administración con base en el acto administrativo de liquidación de revisión, determinó el patrimonio neto de la sociedad y efectuó el reparto a socios, tal actuación se ajusta a la ley sin que fuera necesario esperar a la firmeza del acto administrativo practicado a la sociedad, pues tal condición no la prevé la ley y tampoco podrá imponerla en razón de que la preclusión del término para revisar a una y otro, se cumple casi simultáneamente, y de exigirla se hará nugatoria la facultad de fiscalización respecto de socios de entidades distintas a las anónimas y en comandita por acciones.

Por esta razón la prueba pedida con ocasión de la respuesta al requerimiento es ineficaz para pretender demostrar un hecho, para darle una consecuencia no prevista en la ley.

No prospera entonces el cargo de violación que contra los artículos 26 de la Constitución Nacional; 22 del Decreto 825 de 1978 y 61 del Decreto 1651 de 1961 arguye la demanda porque establecido por la ley el valor patrimonial del derecho social a prorrata del aporte, no existe duda de su determinación legal con base en el patrimonio neto de la sociedad. Entidad ésta a quien correspondía demostrar a través del ejercicio de las acciones correspondientes las equivocaciones de la Administración en la determinación de su patrimonio neto, y solo en la medida que la sociedad lograra desvirtuar dicha actuación podría modificarse el reparto a los socios.

Pero si la sociedad no desvirtua su incremento patrimonial, no puede la Administración modificar los impuestos al socio independientemente del acto administrativo practicado a aquella.

Con relación al acto administrativo de determinación del impuesto practicado a la sociedad por la misma vigencia fiscal, observa la Sala que no pudo la contribuyente desvirtuar la actuación administrativa pues ejercitada la acción de revisión de la operación administrativa, el juicio fue fallado por esta misma Sala el 24 de noviembre de 1986, con ponencia del doctor Jaime Abella, con confirmación de los actos demandados (Fls. 101 a 103 cdno. ppal.).

No desvirtuado entonces el acto administrativo de determinación de impuestos practicado a la sociedad OTALORA ALFONSO Y ARQUITECTOS ASOCIADOS LTDA., para la vigencia fiscal de 1979, no puede modificarse el valor patrimonial y participaciones que corresponde al socio demandante, y en consecuencia no prosperan las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto al 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 la sentencia apelada.

2. DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LEY MARCO ADUANERA - Alcance/ **AGENTE DE ADUANA** - Naturaleza

Cuando el artículo 3° de la Ley 6a. de 1971 precisó como finalidad que el Gobierno revisara y adecuara el régimen vigente de aduanas, y en especial el de la Ley 79 de 1931, no excluyó lo relacionado con los agentes de aduana, pues si así lo hubiera pretendido, lo habría dicho expresamente. No puede interpretarse que el decreto acusado haya invadido el campo del legislativo al pretender reglamentar la profesión de los agentes de aduana, pues no se trata de una profesión, cuya regulación está reservada exclusivamente a la ley, y si bien la agencia es un contrato regulado por el Código Civil, quienes ejercen este oficio, están sujetos a la inspección, vigilancia y ordenamiento del Gobierno conforme a lo preceptuado por la Constitución Nacional, artículos 39 y 120.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expedientes Nos. 2268 y 2333. Actores: Roberto Meisel Lanner y Alejandro Vélez Múnera. Acción de nulidad contra el Decreto 1657 del 17 de agosto de 1988 expedido por el Presidente de la República Ministerio de Hacienda y Crédito Público. -FALLO-.

Los ciudadanos Roberto Meisel Lenner y Alejandro Vélez Múnera en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 solicitan de esta Corporación declare al nulidad del Decreto 1657 que el 17 de agosto de 1988 expidió el presidente de la República.

Mediante el Decreto 1657 de 1988, demandado el Presidente de la República, invocando las facultades otorgadas por el artículo 122 de la Constitución Nacional y de acuerdo con lo señalado por el artículo 3° de la Ley 6a. de 1971, modifica el régimen aduanero, en materia procesal para indicar quienes pueden actuar como sujetos procesales ante la Dirección General de Aduanas, señalar que son actuaciones de intermediación aduanera, las obligaciones a que deben sujetarse los llamados sujetos procesales, la denominación de auxiliares de servicio aduanero y su obligación de constituir sociedad con el lleno de requisitos señalados para el efecto en el artículo 5°; las condiciones de los socios entre ellas la versación y experiencia, la autorización de inscripción, la inscripción y otras responsabilidades, así como las faltas y sanciones para las personas y entidades autorizadas por la Dirección General de Aduanas, el procedimiento para aplicarlas, y la derogatoria de los artículos 400 a 406 de la Ley 79 de 1931, el Decreto 1467 de 1951 y el artículo 12 del Decreto 40 de 1988.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El doctor Roberto Meisel Lanner, considera que el decreto acusado viola los artículos 17 y 39 de la Constitución Nacional, 400 y 406 de la Ley 79 de 1931, normas éstas que dice continúan vigentes de conformidad con el artículo 335 del Decreto 2666 de 1984.

Afirma que en ningún momento la Ley 6a. de 1971 facultó al Presidente para derogar la legislación aduanera sobre este tópico y que la facultad que tuvo el gobierno para reformar el régimen de aduanas venció cuando introdujo el nuevo código de aduanas o sea el Decreto 2666 de 1984. Pues si bien la figura de la ley marco, busca otorgar al ejecutivo una amplia y exclusiva potestad reglamentaria, así como una posibilidad legislativa de hecho dentro de los marcos que el Congreso fije en los aspectos de comercio exterior, cambios, aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, en manera alguna la competencia del Congreso y la del Presidente son confluyentes, sino que por el contrario son excluyentes.

Arguye además, que la facultad de reglamentar las profesiones corresponde al legislador, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución y que lo que la Carta reserva al ejecutivo es solo la inspección o vigilancia en el ejercicio de profesiones u oficios.

El doctor Alejandro Vélez Múnera al demandar la nulidad del Decreto 1657 de 1988, precisa como normas violadas las siguientes:

"Los artículos 2°, 12, 20, 32, 39 ordinales 1°, 9°, 18, 22, 63 del artículo 76, ordinal 22 del artículo 120 y 135 de la Constitución Nacional, Decreto Ley 196 de 1971; artículos 1°, 10, 20, 78 y 266 del Decreto 410 de 1971; Decreto Ley 081 de 1984, artículo 1° y 52; artículo 6° del Código Penal y 6° del Código de Procedimiento Civil; artículo 12 de la Ley 153 de 1887" y considera que el

decreto acusado constituye una burda invasión del ejecutivo, de las competencias del legislador.

Precisa que los actos expedidos por el ejecutivo en ejercicio de la competencia surgida de una ley cuadro, así se trate de actos reglamentarios, constituyen actos administrativos y que tal carácter es indudable porque el Presidente de la República de acuerdo con el encabezamiento del artículo 120 de la Constitución Nacional, es la suprema autoridad administrativa. Agrega que en este evento el pretender superar el acto a la Ley constituye violación de la misma por exceso de poder o ilegalidad en cuanto al objeto.

Cita en apoyo de su argumentación las sentencias: del 24 de febrero de 1977, que con ponencia del doctor Luis Sarmiento Buitrago profirió esta Corporación y la de julio 23 de 1981, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Magistrado ponente: Doctor Manuel Gaona Cruz, para concluir que constitucionalmente la reglamentación de las profesiones es competencia exclusiva de la ley, pero que en el *sub-judice* tales reglamentaciones las realiza el ejecutivo, pretendiendo que el acto que realiza equivale, corresponde y supera la misma ley y por ello viola el artículo 2°, 39, 76 ordinal 11 y 22, artículo 20 ordinal 22, de nuestra Carta.

Aduce que el Decreto acusado violó la ley cuadro, al desatender la obligación de consultar previamente las recomendaciones de los entes internacionales, estudio sobre legislación comparada o de técnicas administrativas, e insiste en que por tratarse de reglamentación de una profesión, la violación anterior va acompañada de falta de motivación y desviación de poder, al invadir la órbita legislativa.

En subsidio pide la nulidad de los artículos 1°, 3°, 5° a 11, 13 y 15 del Decreto No. 1657 de 1988.

OPOSICION

Se oponen a la petición de nulidad los ciudadanos Guillermo y Camilo Vargas Ayala, quienes después de hacer un recuento de la facultad legislativa en materias económicas, la justificación de las leyes marco, el régimen aduanero en el cual se incluye la labor de los agentes de aduana, la reglamentación de las profesiones y la libertad de escoger profesión u oficio, concluyen que el agenciamiento de aduana no es una profesión y por consiguiente su regulación no está vedada al ejecutivo y que en consecuencia el Decreto 1657 de 1988 se dictó dentro de la órbita de competencia de éste último.

SUSPENSION PROVISIONAL

Los demandantes pidieron dentro de la oportunidad procesal la suspensión provisional de la norma acusada, que no fue decretada por la Sala, (Auto del 23

de enero de 1983), por no ser manifesta la violación de las normas superiores invocadas.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación, conceptúa que se deben denegar las súplicas de la demanda, pues estima que "como lo ha sostenido la jurisprudencia, los decretos que desarrollan una ley cuadro sin dejar de ser actos administrativos, o sea sin tener fuerza de ley, pueden modificar la legislación preexistente en la materia respectiva cuando la ley marco lo autorice, porque es la ley la que al dictar los principios básicos, modifica la normatividad preexistente.

Con base en el análisis efectuado por la Corporación en la sentencia del 16 de mayo de 1983, de la Sección Primera, concluye que el decreto acusado no violó los artículos 400 y siguientes de la Ley 79 de 1931 al regular lo que ya antes estaba regulado; ya que el artículo 3° de la Ley 6a. de 1971 al autorizar la revisión de la legislación vigente en especial la Ley 79 de 1931, también autorizó su modificación y que la expedición anterior del Decreto No. 2666 de 1984, no agotó la facultad del Gobierno de modificar las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en la ley marco.

Que tampoco el ejecutivo usurpó las funciones legislativas, porque la agencia de aduanas, no es una profesión, sino que lo esencial es la promoción o gestión de negocios ajenos ante las autoridades de aduanas, y que hasta el momento no existe ley que haya elevado tal intermediación a la categoría de profesión ni exigido título especial de idoneidad. Que dicha gestión es por consiguiente un oficio cuya inspección corresponde al ejecutivo y que además el agente de aduana además de actuar como mandatario es a la vez auxiliar de la administración, siendo entonces doble el motivo que tiene el Estado para regular tal actividad.

Que tampoco prosperan los cargos de inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley 6a. de 1971 y de falta de motivación e inexistencia de motivos en el decreto, y desviación de poder del ejecutivo, porque el hecho de que el legislador disponga que las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas, consulten las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas y el esquema del Código Aduanero uniforme acorde por la ALALC, no implica que se esté incorporando la legislación extranjera a la nacional. Y que basta con leer el decreto acusado para evidenciar qué el gobierno si consignó las circunstancias de hecho y derecho que lo llevaron a expedir el reglamento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para establecer si el decreto acusado se ajusta o no a la normatividad superior, es necesario analizar, además de sus fundamentos constitucionales la ley

que sirve como cuadro de referencia para el ejercicio de la competencia administrativa asignada al ejecutivo y precisar la extensión y el alcance de dicha competencia.

Dispone el artículo 76 de la Constitución Nacional: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

...No. 22. Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y *demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas...*".

Este numeral consagra como función del Congreso dictar las llamadas leyes marco o cuadro, que responden a la necesidad de preveer mecanismos que se adecúen a las situaciones cambiantes y especialmente a aquellas que por corresponder a una interacción de los estados que conforman la comunidad internacional, no pueden ser manejadas aisladamente, sino teniendo en cuenta el ámbito internacional y especialmente en el campo del comercio en el cual los aranceles, tarifas y en general el régimen aduanero vienen a ser mero instrumento de política fiscal, cuyo manejo eficaz y oportuno impone una movilidad de resorte del ejecutivo, porque es él el que cuenta con el personal, medios técnicos y demás recursos necesarios para ella.

Por esta razón en estos aspectos el legislador crea la parte estática de la norma, estableciendo parámetros generales dentro de los cuales encuadra la actividad de la administración pero deja a ésta la parte dinámica que permita mediante la función administrativa adecuarlas a la necesidad fáctica, incluida en ella la posibilidad de modificación de normas anteriores, siempre que se haga dentro del límite facultativo de la ley marco.

No puede confundirse esta facultad con la legislativa que solo corresponde al Congreso y que si bien puede trasladarse al Presidente de la República, en virtud de precisar facultades extraordinarias, es optativo para el órgano legislativo concederlas o no y delimitar tanto en el tiempo, como en la materia su campo de acción; mientras que, en las materias señaladas por el artículo 76 No. 22, el Congreso solo puede señalar un marco general dentro del cual el ejecutivo puede moverse libremente, sin que pueda dejar de hacerlo.

Tampoco puede confundirse esta facultad con la reglamentaria de que trata el artículo 120 No. 3 de la Carta, que tiene su límite estricto en la ley, pues solo puede desarrollarse lo que lógica y necesariamente esté contenido en ella, sin que sea dable al ejecutivo exceder o limitar su imperio.

El aspecto relacionado con las leyes marco y las atribuciones del Presidente de la República, tal como lo afirma el colaborador fiscal, ha sido objeto de minucioso análisis por esta Corporación especialmente en las sentencias de enero

26 de 1978, mayo 26 de 1983 y septiembre 25 de 1986, en donde claramente se concluyó que la Ley 6a. de 1971, es una ley cuadro y por consiguiente se abrió con ella la posibilidad de ejercicio, por parte del ejecutivo, de la atribución constitucional propia, dentro de la respectiva órbita, mediante la expedición de normas complementarias con jerarquía superior a las dictadas para la simple ejecución de la ley, y que pueden incluso modificar la legislación preexistente en la materia respectiva, cuando la ley marco lo autorice, porque es la ley la que al dictar los principios básicos modifica la normatividad preexistente.

Establecido entonces que la Ley 6a. de 1971 es una ley marco, es preciso analizar si podía el ejecutivo con base en el artículo 3° de la misma, regular el tema relacionado con los sujetos procesales, sus responsabilidades, sanciones, su procedimiento de graduación e imposición o si por el contrario, no esta facultado para derogar normas del régimen aduanero contenidos en la Ley 79 de 1931, artículos 400 y ss, relacionadas con los agentes de aduana, y mantenidas en vigencia del Decreto No. 2666 de 1984 (Código de Aduanas).

Dispone la Ley 6a. de 1971:

Artículo 3°. "Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanero de Bruselas, el esquema del Código Aduanero uniforme acordado para la ALALC, 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"*. (Subraya la Sala).

Para la Sala cuando el artículo 3° de la Ley 6a. de 1971, precisó con finalidad que el Gobierno revisara y adecuara el régimen vigente de aduanas, y en especial el de la Ley 79 de 1931, no excluyó lo relacionado con los agentes de aduana, pues si así lo hubiera pretendido, lo habría dicho expresamente. De otra parte no resulta lógico que la ley marco permitiera al ejecutivo la revisión de la legislación aduanera vigente en todos los campos con la importancia que ello implica, sin permitirle adecuar la parte administrativa, en la cual, es fundamental la intervención de los agentes de aduana, que realmente actuan como auxiliares de la administración.

No puede interpretarse como lo hacen los demandantes que el decreto acusado haya invadido el campo del legislativo al pretender reglamentar la profesión de los agentes de aduana, pues no se trata de una profesión, cuya regulación esta reservada exclusivamente a la ley, y si bien la agencia es un contrato regulado por el Código Civil, quienes ejercen este oficio, están sujetos a la inspección, vigilancia y ordenamiento del gobierno conforme con lo preceptuado por la Constitución Nacional artículos 39 y 120. Y si quedare alguna duda, el mismo artículo 4° del Decreto 1657 de 1988, demandado establece en su primer inciso parte final que: "La función de auxiliar del servicio aduanero no constituye una profesión".

Además calificar una determinada actividad como profesión es labor que incumbe a la ley y no a los particulares, y en ninguna ley se ha determinado que la actividad de agente de aduana sea una profesión. Si bien como lo manifiesta el ciudadano Roberto Meisel Lanner, cursó un proyecto en tal sentido, este proyecto fue archivado y la ponencia respectiva encontró que la definición de agente de aduana allí contenida y que textualmente decía: "Cualquier tercero que con los debidos conocimientos y la respectiva inscripción o autorización tenga como actividad profesional la de ocuparse del despacho de mercancías", era contrario al artículo 39 de la Constitución Nacional, pues confunde la idoneidad de una persona para desarrollar una actividad con el ejercicio profesional o reglamentación de una profesión. Y precisó que la "reglamentación se refiere a los profesionales de tipo universitario o académico que exigen estudios regulares, controlados, que culminan con el respectivo título de idoneidad", lo que no se da con relación a los agentes de aduana.

En consecuencia no se extralimitó el Presidente de la República y solo ejerció su propia competencia al expedir el decreto demandado y por consiguiente no prospera el cargo de violación a los artículos 76 No. 22 y 120 No. 22.

La presunta violación del artículo 76 No. 18 de la Constitución Nacional, por haber incorporado a la legislación interna las recomendaciones de organismos internacionales no es válida, porque en manera alguna se esta incorporando legislación foránea, solo se indica que las modificaciones que se introduzcan al regimen deben consultar los avances que en materia aduanera han logrado países desarrollados, las uniones económicas y las recomendaciones del Consejo Superior de Bruselas. Recomendaciones que aún cuando la ley no lo hubiera indicado, podrán consultarse por el Gobierno con miras a la armonización de políticas tributarias y legislaciones para lograr un eficiente desarrollo del comercio internacional. Sería ilógico que el legislador en materia aduanera desconozca los avances legislativos de otros países o considerar que tenerlos en cuenta haría la norma inconstitucional.

Así mismo, no prospera el cargo de violación de la norma superior por parte del decreto acusado, de no haber recogido ni consultado como era su deber al Consejo de Cooperación Aduanero Uniforme de la ALALC, la legislación aduanera comparada y avances técnicos alcanzados en la administración a fin de revisar la Ley 79 de 1931, pues, entiende la Sala que el término consultar implica enterarse de su contenido y tenerlas como pautas pero en materia alguna que se solicita de dichos organismos consejo o asesoría para adelantar la modificación de legislación. Tan evidente es que el Gobierno sí consultó las legislaciones y estudios respectivos que el encabezamiento del decreto asi lo indica cuando dice: "El Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales, en especial la conferida por el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Política *y con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3° de la Ley 6a. de 1971.* (Subraya la Sala). Si tal afirmación no es cierta, debió el demandante demostrar el hecho alegado y no limitarse a la simple afirmación.

En consecuencia no procede la nulidad total del Decreto 1657 de 1988, pedida por los demandantes.

Con relación a los cargos de nulidad individual de los artículos 1°, 3°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 13 y 15 del Decreto 1657 de 1988, comparte la Sala el concepto de su colaboradora fiscal, al no ser posible la confrontación del artículo 1° contra el Decreto 196 de 1971, en razón de que el demandante no identificó el artículo de este último que considera transgredido y el cargo de violación del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, no prospera porque el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo hace parte del procedimiento gubernativo general que por disposición del artículo 1° ibídem, no se aplica cuando existe régimen gubernativo especial, el cual existía sobre el tema en discusión, desde la vigencia de la Ley 79 de 1931.

El artículo 3°, tampoco es violatorio de los artículos 20, 39, 63 y 76 No. 9° de la Constitución, porque el hecho de que se señalen obligaciones, requisitos a quienes desempeñan el oficio de agentes de aduana no implica que sean funcionarios de la Administración. En muchas ocasiones el ordenamiento jurídico señala obligaciones y sanciones a particulares, quienes por diversas causas colaboran con la Administración del Estado, sin que por ello se les convierta en funcionarios públicos, tal es el caso por ejemplo de los llamados agentes de retenciones.

El contexto del artículo 3° que señala las obligaciones de los llamados sujetos procesales no se refiere en absoluto a los almacenes generales de depósito, por lo tanto no puede alegarse privilegio o imparcialidad de la ley en favor de ellos.

En relación con el artículo 5°, no se da la supuesta violación de las normas superiores invocadas pues las condiciones que allí se imponen son requisitos que el Gobierno precisa en ejercicio de la actividad de vigilancia de los oficios, que le atribuyen la misma Carta Política. Tampoco es cierto que esta disposición convierta en comerciante al agente de aduana, ni que al imponerle la obligación de asociarse se viole el artículo 32 de la Constitución Nacional, porque ningún derecho y entre ellos el de la libertad de empresa es absuluto, puede la ley en aras del interés social restringirlo. Vale para el caso la sentencia proferida por la corte Suprema de Justicia el 17 de febrero de 1976, cuando afirma:

> "No se puede, racional y jurídicamente, afirmar que cuando el Congreso ejerce atribuciones constitucionales como éstas, que propician el desarrollo de una actividad fundamental para el bienestar general y lo hace de modo regular, esté vulnerando la libertad de asociación, que garantiza el Estatuto en su artículo 44, la libertad de empresa de que trata el artículo 32, u otras normas del mismo ordenamiento". (Se subraya)

Entonces si el artículo simplemente establece condiciones mínimas y necesarias para garantizar la moralidad y seguridad del oficio de los agentes intermediarios, en razón del interés social no se da la violación alegada de los artículos 32, 39, 76-9 de la Constitución Nacional, ni 1° y 266 del Código del Comercio.

El hecho de que el artículo 6° determine que los socios y representantes de las sociedades constituidas para realizar actuaciones de intermediación aduanera, no tenga vínculos de consanguinidad hasta el segundo grado, afinidad primer grado y único civil es una condición ética y legal que coadyuva a la moralidad de la administración evitando la parcialidad de sus funcionarios en favor de ciertas personas.

Y si para tutelar este principio la moralidad y ética los artículos 7°, 8°, 9°, 10°, 11, 12, 13, 14, y 15 establecen requisitos para que el Estado a través de la Dirección de Aduanas ejerza el control e inspección del oficio de agente de aduana no se incurre en violación de normas superiores y por lo tanto no hay lugar a la declaratoria de nulidad alegada.

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

NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO PREPARATORIO/ AUTO COMISORIO/ NOTIFICACION / LIQUIDACION DE AFORO - Validez

Si se considera que la notificación del auto comisario en cuestión, es una diligencia previa de un "acto preparatorio" que antecede a la liquidación oficial de aforo acusada, no siendo demandable el acto preparatorio mismo por disposición de la norma aplicable al caso en estudio, no ve clara la Sala la razón legal para sostener que la presunta irregularidad en la notificación del auto comisorio, de ninguna manera del acta de inspección contable, puede afectar la liquidación oficial de aforo practicada, junto con los demás actos administrativos que la confirmaron.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3121. Actor: DISTRIBUIDORA DISTRICOR LTDA. (En liquidación). Apelación sentencia de 7 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra la operación administrativa que determinó el impuesto a las ventas, correspondiente al primer semestre de 1980. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de DISTRIBUIDORA DISTRICOR LTDA. (en liquidación) Nit. 90.314.973, contra la sentencia de junio 7 de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda tendiente a obtener la modificación de los actos administrativos de determinación del impuesto sobre las ventas del primer semestre de 1980.

ANTECEDENTES:

En el acta de inspección contable llevada a cabo el 26 de septiembre de 1984 se registra que los funcionarios comisionados por auto No. 0088 GV de septiembre 21 de 1984 de la Auditoría Externa de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, a pesar de haberse hecho presente en la residencia del señor Jesús Mejía Velásquez, Representante legal de la contribuyente, con el fin de notificarle el auto comisorio en cuestión, el mencionado señor se negó a ello aduciendo que la sociedad se había liquidado, procediéndose entonces a notificárselo al señor Gerardo Volverás en su condición de contador de la firma, toda vez que en la minuta de disolución no se nombró liquidador.

Según el memorando explicativo de la liquidación de aforo 021 de julio 25 de 1985, no se rindió informe de libros de contabilidad porque la sociedad presentó con anterioridad pérdida de ellos (hurto), junto con los comprobantes de ingresos y egresos de 1979 a 1982. Las ventas de 1980 se determinaron con base en la declaración de renta y patrimonio del año gravable 1980 presentada por la sociedad en Cali, el 13 de abril de 1981 bajo el número 00094 sobre un valor de ventas netas declaradas de $19.194.886, correspondiéndole al primer semestre la suma de $9.597.443, base sobre la cual se liquidó la tarifa del 15% aplicable a betunes y ceras vendidos. Asímismo, el acto liquidatorio oficial contiene la sanción prevista en el artículo 13 del Decreto 398 de 1983, la cual fue del orden de $8.637.696.

En el recurso de reconsideración interpuesto por el representante legal de la sociedad, señor Jesús Mejía Velásquez, se refiere expresamente al auto comisorio 0088 GV de septiembre 21 de 1984 para impugnarlo por indebida notificación; y a la liquidación de aforo en cuanto a su juicio la firma no es responsable del impuesto a las ventas debido a que la venta y distribución de artículos de consumo popular no figuran gravados con tal impuesto, criticando a la Administración Tributaria el haber practicado el aforo con base en una supuesta vinculación económica con la sociedad Beisbol Ltda., pues afirma que asimiló los productos populares vendidos por Districor Ltda., a los productos o mercancías enajenados por la sociedad Productora Beisbol Ltda.

La División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali por Resolución 377 de agosto 5 de 1986 se refirió específicamente a la nulidad impetrada por indebida notificación del auto comisorio, argumentando que compartía en un todo los planteamientos del libelista porque "si a partir del auto comisorio se inició la etapa procesal para determinar los impuestos sobre las ventas por el primer semestre de 1980 a la sociedad Districor Limitada y que fuera notificado al contador y no a quien realmente correspondía, se produce la nulidad de todo lo actuado, pues este Auto equivale a la primera providencia proferida, cuando se notifica al demandado el Auto Admisorio de la demanda". (fl. 16) Con base en lo anterior procedió entonces a revocar en todas sus partes la liquidación de aforo impugnada.

Por su parte, la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales al conocer en grado de consulta improbó la Resolución 377 de agosto 5 de 1986 señalando que es errado sustentar la pretendida nulidad por mala notificación del auto comisorio, pues como su nombre lo indica, no da inicio a una etapa procesal, no traba la litis, tan solo es una orden para que unos funcionarios practiquen una diligencia de visita a la contabilidad con el fin de establecer la realidad de ciertos hechos de carácter tributario, pues observa que tal acto en sí mismo "no afecta en nada al responsable o contribuyente, si se notifica a la persona encargada de facilitar la diligencia, que no es necesariamente el representante de la empresa", pues es para que ponga a disposición de los funcionarios los libros y documentos en donde se va a verificar los datos requeridos. (fls. 31/32).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En relación con la violación de los artículos 38 y 40 del D.L. 3803 de 1982 alegados en la demanda, es decir la falta de notificación personal del auto de la División de Auditoría Externa que ordenó practicar inspección contable, precisa el Tribunal en el fallo de instancia que, no obstante este proveído no fue notificado al representante legal de la sociedad, porque éste se abstuvo de hacerlo, en realidad si lo fue en cabeza del contador de la firma demandante, señor Gerardo Volverás, lo cual en modo alguno significa que la falta de notificación hubiese impedido al representante legal dar las explicaciones del caso, como lo era justificar la omisión de presentar su declaración de impoventas; y menos aún, que genere invalidación del acta de inspección misma, puesto que la nulidad invocada (numeral 6, art. 57 de la Ley 52 de 1977) no es aplicable por tratarse de un acto preparatorio y previo para la realización de la inspección contable; a más de que la nulidad por las causales a que se refiere esta norma está dirigida a los actos de liquidación y a la resolución de los recursos, proferidos por la Administración Tributaria. Por lo tanto, el Tribunal *a-quo* denegó las peticiones de la demanda, es decir confirmó la actuación administrativa. (fls. 91/95)

RECURSO DE APELACION

Insiste el recurrente en que existe irregularidad en el procedimiento de la notificación del acto de trámite (auto comisorio), al no haber sido notificado directa y personalmete al representante legal, sino al contador de la sociedad, señalando que en su concepto sí se presenta invalidez del acto definitivo (liquidación de aforo) porque:

a) Los procedimientos en general son de orden público y de aplicación inmediata.

b) La debida notificación de los actos de trámite y de los actos definitivos son la garantía del debido proceso y del derecho de defensa de los contribuyentes.

c) La eficacia de los actos administrativos en general, preparatorios, de trámite y definitivos, consagrada por el artículo 48 del C.C.A. no puede verse vulnerada so pretexto de que la Administración Tributaria está investida de plenos poderes para investigar y acopiar información para producir los actos definitivos, violando las normas propias del procedimiento tributario, pues la Ley 52 de 1977 y el Decreto 2503 de 1987 establecieron reglas claras y precisas sobre las formas y ritualidades del debido proceso administrativo de impuestos a los cuales deben sujetarse el Estado y los contribuyentes.

d) De acuerdo con lo anterior, es evidente que la citación apropiada de la parte cuyos intereses se debaten y deciden en un proceso es un elemento esencial de este debido proceso y del derecho de defensa que a esta parte le pertenece. En síntesis, la notificación, que es el acto procesal mediante el cual se pone en conocimiento del interesado una providencia oficial, tiene precisamente ese cometido y cumple cabalmente ese propósito, agregando: "A esta norma (art. 48 C.C.A.) se le suma la del artículo 38 del Decreto 3803 de 1982 que establece deber de notificar, al auto que ordene una inspección ocular, por correo o personalmente. Al no haberse hecho la notificación en debida forma, dicho Auto Comisorio es ineficaz y la ineficacia no requiere ser declarada judicialmente. Es decir, que todo lo actuado con fundamento en un Acto de trámite (Auto Comisorio) ineficaz, vicia de nulidad absoluta el Acto definitivo (Liquidación de aforo y actos confirmatorios posteriores)". (fls. 101/105)

PARTE DEMANDADA

La Dirección General de Impuestos Nacionales por medio de uno de sus abogados delegados, en primer término precisa que de la negativa de notificación se dejó constancia en el acta de visita, y en ninguna de las etapas que conllevaron el agotamiento de la vía gubernativa, ni al acudir ante la jurisdicción, la actora ha intentado siquiera contradecir este hecho, lo que se constituye en una aceptación tácita.

De otra parte observa que acertó el *a-quo* al motivar su providencia en el sentido de que la indebida notificación no está expresamente señalada como causal de nulidad de la legislación fiscal, "pues es evidente que ellas están consagradas para los actos de determinación del tributo y resolución de recursos, más no para actos preparatorios". (fl. 115).

Por lo demás, luego de considerar que la actuación administrativa se cumplió con sujeción a las disposiciones legales, puntualiza que se dejó a salvo el derecho de defensa del contribuyente, no obstante que fue empleado para atacar el procedimiento utilizado por la Administración, pero nunca para rebatir el fondo del asunto pese a haber tenido la oportunidad de hacerlo cuando instauró el recurso de reconsideración contra el acto liquidatorio de aforo.

En consecuencia solicita confirmación del fallo de primera instancia mediante el cual se negaron las peticiones de la demanda. (fls. 112/118)

CONCEPTO FISCAL

En esta oportunidad procesal lo rinde el doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, quien expresa que existen muchas razones para que se rechacen las pretensiones de la demanda, entre ellas, el hecho de que la notificación (Auto Comisorio 088 G.V. de septiembre 21 de 1984) "no es una formalidad de la que surja la competencia de éstos (los auditores) para adelantar esta diligencia (inspección contable), como tampoco es una formalidad que le imprima validez al acto de inspección en la que éstos recogen las conclusiones de su gestión o a los actos posteriores de liquidación de impuestos, actos totalmente independientes y proferidos por funcionarios diferentes."

Asimismo, estima que la pretendida irregularidad que comenta la demanda (falta de notificación a la contribuyente), no es atribuible a la liquidación de aforo No. 021 ni a la Resolución R-00062-H y por lo tanto, no encaja dentro de ningún supuesto que señala el artículo 57 de la Ley 52 de 1977, el cual está referido a la *nulidad de los actos de liquidación* y *resolución de recursos* únicamente.

De manera pues, que sin hacer más observaciones auspicia la confirmación de la sentencia recurrida. (fls. 119/121).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Si se considera que la notificación del auto comisario en cuestión, es una diligencia previa de un "acto preparatorio" que antecede a la liquidación oficial de aforo acusada, no siendo demandable el acto preparatorio mismo por disposición de la norma aplicable al caso en estudio (inciso final artículo 84 C.C.A.), no ve clara la Sala la razón legal para sostener que la presunta irregularidad en la notificación del Auto Comisorio 088 G.V. de septiembre 21 de 1984, de ninguna manera del acta de inspección contable, puede afectar la liquidación oficial de aforo practicada, junto con los demás actos administrativos que la confirmaron.

De otro lado relieva que a pesar de que el recurrente insiste en que la irregularidad del procedimiento de no notificar personalmente el auto comisorio al representante legal sino al contador de la sociedad genera nulidad, la Sala no lo estima así porque al tenor del artículo 48 del C.C.A. quedó saneada, puesto que encontrándose enterada la parte interesada utilizó en tiempo los recursos legales, es decir la notificación se produjo por conducto concluyente (art. 330 C. de P.C.) como lo dio a entender el apoderado judicial de la Administración Tributaria. Es de relievar además, la conducta renuente del representante legal de la sociedad demandante, de no querer notificarse del auto comisorio, la cual

no puede ser esgrimida ahora como hecho constitutivo de la supuesta nulidad de la actuación.

De manera pues, que por lo sucintamente anotado y por compartir en términos generales tanto los fundamentos de fallo del Tribunal de instancia como los puntos de vista esbozados por la Fiscalía, la Sala habrá de confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de junio 7 de 1990 proferida en el juicio 15.882, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las peticiones formuladas por DISTRIBUIDORA DISTRICOR LTDA. (en liquidación), Nit. 90.314.973, relacionadas con los actos de determinación del impuesto de ventas del primer semestre de 1980.

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.

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

Jorge A.Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA/ ANEXOS/ NORMA LOCAL

La conducta omisiva del actor no se justifica porque el Tribunal haya admitido la demanda, ni porque el fallador conozca las normas que se citan, porque en uno y otro caso de lo que se trata es del incumplimiento de un precepto legal cuyo quebrantamiento no puede pasar por alto. No puede darse por allanada la exigencia de la presentación de los decretos locales porque éstos no fueron aportados ni por presunción del actor de admitir como conocidas por el *"a quo"* normas que el artículo 141 del C.C.A. ordena se acompañen al libelo.

Consejo de Estado.- Sala de Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2870. Actor: REFRIGERACION THERMO-ELECTRICA LTDA. Impuesto de Industria y Comercio. -FALLO-.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de noviembre de 1989, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda de restablecimiento del derecho, formuladas por la sociedad REFRIGERACION THERMOELECTRICA LTDA., promovida en relación con los actos administrativos que determinaron por el sistema de aforo, el impuesto de Industria, Comercio y Avisos correspondientes a los períodos gravables 1981, 1982, 1983, 1984 y 1985.

ANTECEDENTES

Previa visita a los libros de contabilidad, los funcionarios de la Dirección Distrital, por medio de Acta de fecha 19 de agosto de 1986 calificaron la empresa

como sujeto pasivo del impuesto de Industria, Comercio y Avisos por los años gravables de 1981 a 1985 inclusive. Lo que motivó se profiera por la entidad gubernamental la Resolución 0110 de febrero 18 de 1987, que por liquidación de aforo determinó el tributo a cargo por cada una de las anualidades en cuestión.

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión anterior, por Resolución 664 de agosto 3 de 1987 se confirmó la Resolución 110, y por Resolución 441 todas de 1987 la Junta Distrital de Hacienda ratificó la sometida a su consideración.

Agotada la vía gubernativa demandó el actor ante la jurisdicción, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la nulidad de la operación administrativa de aforo del impuesto de Industria, Comercio y Avisos, por cada uno de los períodos en controversia.

Citó como disposiciones violadas las siguientes:

El artículo 20 de la C. N. el numeral 4° del Artículo 152 del C. de P. C. y el artículo 81 del Acuerdo 21 de Bogotá, D.E.; el Artículo 9° del Acuerdo 10 de 1974 y la Circular 003 de 1976 de la Dirección Distrital de Impuestos, los Artículos 15 y 16 del Acuerdo 21 de 1983 en concordancia con el Artículo 33 de la Ley 14 de 1983 y por último, la sentencia de ilegalidad del Artículo 40 del Acuerdo 21 de 1983, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dictada el 4 de junio de 1987.

Alega el demandante que la administración local violó cada una de las normas que cita porque:

a) Determinó en un solo acto administrativo, obligaciones tributarias que corresponden a varios períodos gravables, ésto de 1981 a 1985 inclusive, sin que exista disposición legal que lo autorice.

b) Desestimó descuentos y devoluciones de la base gravable, por los años 1981, 1982 y 1983, autorizados por el Artículo 9° del Acuerdo 10 de 1974 en concordancia con la Circular 003 de 1976 en cuanto a los dos primeros y por los Artículos 15 y 16 del Acuerdo 21 de 1983 en concordancia con el Artículo 33 de la Ley 14 de 1983 en lo que concierne a 1983.

Por último estima el demandante, nulo el "anticipo" liquidado por los años de 1983 a 1985, como quiera que el Artículo 40 del Acuerdo 21 de 1983, fue declarado ilegal por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 4 de junio de 1987.

El *a-quo,* se inhibió para un pronunciamiento de mérito. La materia base de cuestionamiento anota, hace relación al impuesto de Industria, Comercio y Avisos causado en la ciudad de Bogotá y al accionante no aportó los estatutos locales que argumenta fueron violados por las Oficinas del Distrito. Las normas

de alcance nacional que también cita las fundamenta en la concordancia que guardan con aquellos y ésta es imposible determinarla por la ausencia de los mismos.

DE LA APELACION

Solicita el actor ante la instancia se obtenga la copia correspondiente de los estatutos locales omitidos en la demanda, para subsanar el requisito formal exigido por el Artículo 141 del C.C.A.

Critica el fallo del Tribunal porque admitida la demanda, dice, se subsanó la presunta irregularidad en que en ella se incurrió.

La norma virtualmente violada agrega, "ha de interpretarse de manera consecuente con la realidad de conducta a que se refiere la intención del legislador: facilitarle al fallador disponer de inmediato del texto de las normas no nacionales demandadas o concernientes al acto administrativo individual demandado, que por su poco uso o por corresponder a localidades alejadas de la sede del Tribunal no son normalmente de fácil acceso a los Magistrados, para su conocimiento jurídico...".

PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, solicita se confirme la sentencia apelada. Se encuentra dice, debidamente probada la excepción que de ineptitud sustantiva propuso en la contestación de la demanda y reiteró en el alegato de conclusión.

En su defecto pide se deniegen las pretensiones puesto que con los actos administrativos cuya nulidad solicita la sociedad recurrente, las Oficinas de Impuestos no violaron norma alguna; por el contrario, se ajustan a las disposiones legales que regulan la materia.

CONCEPTO FISCAL

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, está de acuerdo con el *a-quo*, el actor omitió el cumplimiento del requisito previsto en el Artículo 141 del C.C.A. y el que se haya admitido la demanda no subsana la deficiencia en que aquel incurrió.

Solicita sí se revoque la sentencia y en su defecto se deniegen las súplicas de la demanda, porque el fallo inhibitorio se da cuando faltan los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma y no como en el caso, a falta de prueba de los estatutos locales que se citan fueron violados.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Para la Sala también es evidente, como lo es para la apoderada judicial del Distrito, que el actor no cumplió con la exigencia contemplada en el Art.141 del C.C.A., ésto es, no adjuntó con la demanda las normas de alcance no nacional ni solicitó al ponente se obtuviera la copia de las mismas. Esta inobservancia no implica ineptitud de la demanda como sostiene el *a-quo*, sino que se denieguen las súplicas consignadas en ella, como lo propone el Ministerio Público, por no haberse probado la existencia de las normas que dan sustento a los cargos de violación.

La solicitud para que se obtengan las copias de los decretos locales que formula el apelante resulta extemporánea como quiera que el Tribunal ya se había pronunciado sobre el particular y la petición de pruebas en esta instancia no encaja en ninguno de los eventos previstos en el Art. 214 del C.C.A.

La conducta omisiva del actor no se justifica porque el Tribunal haya admitido la demanda, ni porque el fallador conozca las normas que se citan, porque en uno y otro caso de lo que se trata es del incumplimiento de un precepto legal cuyo quebrantamiento no puede pasar por alto. No puede darse por allanada la exigencia de la presentación de los decretos locales porque éstos no fueron aportados ni por presunción del actor de admitir como conocidas por el *a-quo* normas que el Art.141 del C.C.A. ordena se acompañen al libelo.

Normal y generalmente al juez administrativo basta con citarle las normas y el concepto de la violación, pero excepcionalmente, al igual que era el proceso civil,"el texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional..."(y el de las leyes extranjeras) deben aducirse al proceso en copia auténtica según las voces del Art.188 del Código de Procedimiento Civil que en esto coincide con el 141 del C.C.A. Se trata pues de un caso excepcional en que es necesario probarle al juez la existencia del derecho.

Por lo demás, el concepto de violación de las normas de ámbito nacional que se citan también en la demanda, se fundamentó en la concordancia que guardan con los decretos municipales, de manera que no presentados éstos, tampoco pueden estudiarse aquellos.

Por último la Sala observa que por Sentencia de oct.6/89, esta Corporación revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de junio/87, que había anulado el Art.40 del Acuerdo 21/83, norma ésta que regula el anticipo del impuesto de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al período gravable 1983 y posteriores.

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

REVOCASE la sentencia apelada.

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Responsable/ **BIEN GRAVADO/ SERVICIO EXENTO**

El legislador extraordinario previó situaciones como la de que un contrato de venta de un bien corporal mueble no excluido del gravamen queda incluido entre otros contratos por servicios exentos, como lo es el de servicios funerarios, y por ello debe ser gravado. Por tanto quien con ocasión del servicio funerario suministra a título de venta las cajas mortuorias, sea que las produzca directamente o las adquiera de terceros para enajenarlas a través del servicio funerario, es responsable del impuesto a las ventas en relación con el valor de las cajas mortuorias (Bimestres 2° a 6° de 1984 y 2° de 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2209. Actor: Funeraria Gaviria Limitada. C/ La Nación. Autoridades Nacionales. FALLO.

Se decide la acción de nulidad con restablecimiento del derecho instaurada por la FUNERARIA GAVIRIA LTDA., contra las resoluciones números 00085 de 16 de julio de 1986 y A-000095 de 8 de marzo de 1988 emanadas de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante las cuales se confirmó a la peticionaria la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Vendedores.

ANTECEDENTES

Mediante oficio emplazatario No. 00083 de 14 de agosto de 1985 la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá (fl. 5 C.P.), solicitó a la Funeraria

Gaviria Ltda., la presentación de los Certificados de pago del impuesto sobre las ventas por los bimestres 3° a 6° de 1984 y 2° de 1985 al igual que las declaraciones del mismo impuesto por 1984. En respuesta al oficio mencionado (fl. 6) la emplazada consideró que no estaba obligada a cumplir lo anterior y pidió que se ordenara a la correspondiente oficina la cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Vendedores.

La demandante en nota visible a folio 8 del C.P. pidió a la Sección de Auditoría Interna la anulación de la inscripción en el Registro mencionado (fl. 9 C.P.). Dicha Sección profirió la Resolución No. 0000285 de 16 de julio de 1986 que negó la solicitud de cancelación pedida por considerar que dentro de la prestación del servicio se está comercializando un bien gravado con el impuesto sobre las ventas, como lo es la enajenación de cajas fúnebres.

Instaurado el Recurso de Reposición contra la resolución anterior, fue fallado desfavorablemente por Resolución No. A-000095-P del 8 de marzo de 1988 con fundamento en el artículo 2° del Decreto 3541 de 1983.

LA DEMANDA:

La parte actora, considera que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2°, literal c) del Decreto 3541 de 1983, es responsable del impuesto a las ventas quien para fines de cumplir contratos de prestación de servicios no gravados, suministre o incorpore bienes corporales muebles producidos por él mismo, lo que excluye como no responsables del gravamen "a quien en cumplimiento de contratos de servicios no gravados específicamente *proporcione* bienes producidos y elaborados por otros, adquiridos por otros".

Observa la demandante que ella presta el servicio funerario, no gravado, y el fabricante de la caja fúnebre es diferente por lo que no puede considerársele como responsable del gravamen a las ventas.

Sostiene que al contratar los servicios funerarios no se están celebrando variedad de contratos individuales como arrendamiento por alquilar la sala para la velación, o de alquiler de vehículos para facilitar el coche o el de venta por suministrar bebidas o refrigerios, o de mandato por adelantar los trámites legales para la inhumación o incineración. Dice que se presenta un contrato complejo como unidad jurídica pues todas las prestaciones que reúnen en una unidad jurídica originada en el móvil de los deudos que origina una obligación de hacer, no causante de contrato de enajenación en forma autónoma e independiente, ni de compraventa, sino de servicios. Deduce de lo anterior que no es responsable del impuesto sobre las ventas por no estar incluidos estos servicios en la enumeración taxativa del artículo 69 del Decreto 3541 de 1983 y como consecuencia no es sujeto del impuesto como lo señala el artículo 1°, literal b), *ibídem*.

En conclusión pide que no se considere sujeto de la inscripción en el Registro de Vendedores, ni menos del gravamen de impuesto a las ventas, por no fabricar las cajas mortuorias.

Expresa igualmente la actora que se han violado las siguientes disposiciones legales del Decreto 3541 de 1983, así: a) El artículo 5° que define quienes son responsables por calificarla como tal sin efectuar venta alguna ni prestar servicios gravados; b) Igualmente el artículo 2°, literal c) por no aplicarlo, siendo aplicable, que excluye de considerar como venta el hecho de incorporar servicios no gravados cuando los bienes incorporados no son producidos por quien presta el servicio, sino que los compra a terceros que los producen; d) El artículo 7°, inciso 4°, al no aplicarlo debiendo hacerlo pues al prestar un servicio, el valor de los bienes debe incluirse en la base solo cuando los servicios están sometidos al impuesto; e) El artículo 46 *ibídem* por no darle cumplimiento pues ordena cancelar la inscripción en el Registro Nacional de Vendedores de las personas que no tienen la calidad de responsables del tributo.

EL MINISTERIO PUBLICO:

La Señora Fiscal Sexto, expresa en su concepto:

"La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, por medio de las Resoluciones cuya nulidad se impetra, negó la cancelación de la inscripción de la Funeraria Gaviria Ltda. en el Registro Nacional de Vendedores, inscripción que al iniciarse la vigencia del Decreto 3541 de 1983 efectuara la citada sociedad".

"La actora centra su solicitud de cancelación de la inscripción en el hecho de que dicho registro se hizo por error de apreciación de las normas del Decreto 3541 de 1983, el cual introdujo serias modificaciones al régimen existente en el impuesto a las ventas. Considera que como el servicio de ella presta -servicios funerarios- no está sometido a gravamen de acuerdo a los lineamientos del art. 69 del estatuto mencionado, no es responsable del impuesto y por tanto no se encuentra obligada a cumplir con los deberes formales inherentes a la calidad de responsable".

"Como resultado de una visita oficial practicada a la demandante, la Administración sin desconocer el hecho de que el servicio funerario como tal no está sujeto al gravamen, fijó su responsabilidad frente al impuesto con respecto a la venta de cajas mortuorias, que adquiere de terceros y vende conjuntamente con la prestación del servicio, realizando así una actividad comercial de bienes que no están excluidos del gravamen. Consideró así que por razón de dichas transacciones está obligada a cumplir con todos los deberes de un responsable del impuesto a las ventas, y entre ellos la inscripción en el Registro Nacional de Vendedores".

"Argumenta la accionante que de conformidad con el literal c) del art. 2° del D. 3541 de 1983 es responsable del impuesto quien en cumplimiento de contrato de servicios no gravados *suministre,* "incorpore" bienes corporales muebles producidos por el mismo o sea que, por exclusión, no son responsables del impuesto quienes en cumplimiento de contratos de servicios no gravados específicamente *proporcione* bienes producidos o elaborados por otros, adquiridos de otros. Agrega que como en su caso, quien presta el servicio no gravado no es el mismo fabricante de la caja mortuoria, no puede considerársele responsable de dicho impuesto".

"La Fiscalía considera que la accionante parte de una permisa equivocada al hacer equivalentes los términos "suministrar" o "proporcionar" con el vocable "incorporar" cuando en verdad no lo son".

"El suministro de la caja mortuoria, por quien presta el "servicio funerario" no puede entenderse en forma alguna como incorporación de un bien corporal mueble, presupuesto al que se refiere la norma invocada".

"*Incorporar*, según el Diccionario de la Lengua Española significa: "Agregar, unir dos o más cosas para que hagan un todo y un cuerpo entre sí", o sea que para efectos del tema que nos ocupa, incorporar es adicionar un bien corporal mueble a otro para obtener como resultado un bien distinto. El concepto *incorporación* presupone entonces bien tangible corporales, que adicionados o modificados por aquél que se incorpora, constituyen un producto final también tangible, corporal".

"En el caso de la prestación de servicios y con respecto al punto que venimos tratando, tenemos que éstos admiten dos modalidades: la prestación del servicio involucrada en procesos productivos cuyo resultado es un bien corporal mueble procesado, dentro de la cual se puede dar el fenómeno de la incorporación, ejemplo: servicio de reparación o de mantenimiento con incorporación de repuestos (gravado) o instalación de redes eléctricas (no gravado), y el servicio cuyo resultado no está ligado con procesos productivos de bienes materiales, caso en el cual no se puede dar la incorporación pues la prestación de servicio no concreta a la realización de una actividad específica por parte de quien lo presta, ejem: servicio telefónico o de parqueadero".

"La actividad realizada por la sociedad demandante; denominada "servicio funerario" no tiene relación alguna con la producción de bienes tangibles; comprende el servicio de velación, transporte en carroza fúnebre y otros vehículos, contratación de avisos etc., servicios todos previstos y necesarios para la inhumación de un difunto. Es por ello que el "servicio funerario" es intangible y excluye la posibilidad de una *incorporación,* pues como anotamos no está encaminada a la producción de un bien corporal".

"El *suministro* de la caja mortuoria es un elemento adicional al servicio funerario que en cada caso queda a decisión de quien lo solicita. No puede entenderse que para la prestación del servicio sea *indispensable* el suministro del féretro cuando ni siquiera puede considerarse obligatorio que quien contrata el servicio adquiera éste".

"Aclarado así, el significado del término "incorporación" es necesario concluir que el suministro eventual u ocasional de ataúdes junto con la prestación del servicio funerario, no puede entenderse como una *incorporación* a éste y en consecuencia, cuando quien presta esta clase de servicios proporciona estos bienes porque los adquiere de terceros o porque los fabrica, es responsable del gravamen por la actividad de venta (art. 2°. lit. a) del D. 3541 de 1983), independientemente de que el servicio prestado no esté sujeto al gravamen. Y como consecuencia, con respecto a la venta de estos bienes corporales muebles sujetos a gravamen debe cumplir con todas las obligaciones formales y materiales correspondientes a la calidad de responsable del impuesto, entre ellas la inscripción en el Registro Nacional de Vendedores".

"Estima por tanto la Fiscalía que actuó ajustada a derecho la Administración cuando negó la solicitud de cancelación de inscripción en el Registro de la "Funeraria Gaviria Limitada" pues ésta, aunque no es responsable por el servicio que presta, si lo es en cuanto comercializa bienes corporales muebles sujetos a gravamen".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El impuesto a las ventas, según las voces del Decreto 3541 de diciembre 20 de 1983, se aplica según el literal a) a "las ventas de bienes corporales muebles que se hallen situados en el territorio del país y no haya sido excluidos expresamente por el presente decreto".

Conforme al artículo 2° *ibídem*, "para los efectos del presente decreto, se consideran ventas:

"a) Todos los actos que impliquen transferencia del dominio a título gratuito u oneroso de bienes corporales muebles, *independientemente de la designación que se de a los contratos o regulaciones que originen esa transferencia y de las condiciones pactadas por las partes,* sean que se realicen a nombre propio, por cuenta de terceros a nombre propio, o por cuenta y a nombre de terceros" (Lo subrayado es de la Sala).

Como queda claro en la transcripción anterior, el legislador extraordinario previó las situaciones como la de este proceso, en el que un contrato de venta de un bien corporal mueble no excluido del gravamen queda incluido entre otros

contratos por servicios exentos, como lo es el de servicios funerarios, y por ello debe ser gravado.

Por tanto quien con ocasión del servicio funerario suministra a título de venta las cajas mortuorias, sea que las produzca directamente o las adquiera de terceros para enajenarlas a través del servicio funerario, es responsable del impuesto a las ventas en relación con el valor de las cajas mortuorias.

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 peticiones 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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ LIQUIDACION DE REVISION - Término

El término de los dos años de que trata el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983 está enmarcado en principio, entre la fecha que ostenta la declaración o su última adición, como inicial y a los mismos número y mes del bienio subsiguiente, como terminación. Entonces es dable admitir que cuando media requerimiento el término de los dos años se prorroga por los tres meses más que otorga la ley al contribuyente para dar respuesta, y que se contabilizan por el calendario común debiendo tener en mismo número en los respectivos meses.

COMPARACION DE PATRIMONIOS/ DEPRECIACION FLEXIBLE/ DEDUCCION

El mayor valor que sobre la renta gravable arroje la utilidad comercial si puede capitalizarse para efectos de la comparación patrimonial, pues precisamente su diferencia obedece a aquellas partidas que pueden solicitar fiscalmente la sociedad sin que impliquen efectivamente una erogación o gasto; tal es el caso de las deducciones por depreciación y de las reparaciones locativas presuntas que hacen que la utilidad comercial sea superior a la renta gravable de la sociedad. La depreciación flexible constituye deducción de la renta fiscal, aun cuando no incida en principio en la disminución de la renta comercial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2774. Actor: PAPELES SCOTT DE COLOMBIA. Apelación de la sentencia del 29 de septiembre de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Renta 1980. FALLO.

Decide al Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandada contra la sentencia del 29 de septiembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "Papeles Scott de Colombia", contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo por el año gravable de 1980.

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración tributaria del impuesto sobre la renta por el período gravable de 1980, el día 21 de abril de 1981, determinándose una renta gravable de $17.725.516 y un impuesto a cargo de $6.637.039.

La Administración de Impuestos Nacionales formuló requerimiento a la contribuyente el 25 de febrero de 1983, planteándole la determinación de la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Con base en la respuesta dada por el contribuyente procedió a practicarle liquidación de revisión el día 21 de julio de 1983, determinando la renta gravable por el sistema propuesto y un impuesto a cargo, por $13.962.607.

Contra dicho acto administrativo la sociedad recurrió en la vía gubernativa, alegó la nulidad del acto administrativo por haberse practicado fuera del término previsto en la ley, invocó la derogatoria por la Ley 9a. de 1983, de las causales de suspensión del término señalado por el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, y en cuanto al aspecto de fondo planteó como causal justificativa del incremento patrimonial la depreciación de los bienes raíces por $11.103.627 acumulada a diciembre 31 de 1980, que alega no restó en la declaración de renta y patrimonio, así como la depreciación flexible y las reparaciones locativas del 1% como valores a deducir de la renta.

La Administración rechazó los planteamientos del contribuyente, y sólo aceptó, mediante Resolución No. 0441 de julio 26 de 1985, la presunción de reparaciones locativas y ajustes por renta exenta, ganancia ocasional e ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional. Dicho acto fue modificado por la Dirección General de Impuestos mediante Resolución No. 174 de 1985, al resolver la consulta.

Agotada la vía gubernativa, la sociedad recurrió en acción de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, y alegó la violación de los artículos 57 de la Ley 52 de 1977, 22 del Decreto 3803 de 1982, 75 de la Ley 9a. de 1983.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda considerando que si bien la Ley 9a. de 1983 no derogó expresamente el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, tampoco el contenido del citado artículo se opone ni contradice lo dispuesto en la Ley 9a. de 1983 y concretamente en su artículo 75. Pero estimó que el acto administrativo se produjo fuera del término en la ley, de acuerdo con los artículos 59 y 62 del Código de Régimen Político y Municipal que enseñan cómo deben contarse los términos de año y mes, entendiendo por tales los del calendario común y que contado el término de los dos años más la suspensión de los tres meses, la administración tenía plazo para practicar y notificar el acto administrativo hasta el 19 de julio de 1983, pero que habiéndolo hecho el 21 del mes de julio quedó por fuera del término de los dos (2) años previsto por la Ley 9a. de 1983.

LA APELACION

El apoderado judicial de la demanda solicita se revoque la sentencia de primera instancia, ya que el cómputo del término efectuado, no es acertado, porque, dando aplicación al artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, el término se suspende durante el plazo establecido para la respuesta al requerimiento especial y "a partir de la notificación de éste", lo que indica que debe incluirse para efectos de la suspensión, el día en que la modificación se surtió, es decir la suspensión comenzó desde el 25 de febrero hasta el 25 de mayo, día en que se reanudaba el término de dos (2) años previsto en el artículo 75 de la Ley 9a. de 1983. Que por consiguiente el lapso de tiempo que faltaba para expirar el término era de 56 días, que vencían el 20 de julio de 1983, día inhábil que prorrogó el término hasta el hábil siguiente 21 del mismo mes y año, teniendo en cuenta el contenido del artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, y que en consecuencia notificado el acto administrativo en esta fecha, tiene plena validez.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la actora se opone a las pretensiones de la apelante, reiterando que el cómputo del término efectuado por el Tribunal es correcto y ajustado a las prescripciones legales.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada, pues en su concepto el término de dos años de que disponía la Administración para proferir liquidación de revisión, comenzó a correr el 22 de abril de 1981 y vencía el 22 de abril de 1983 de no haber mediado requerimiento. Pero se suspendió por tres meses de conformidad

con lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 3802 de 1982, el 25 de febrero de 1983, cuando aun faltaban 55 días del término de los dos años, el término precluyó el 19 de julio de 1983, por lo que notificada la liquidación de revisión el 21 de julio de 1983, por correo se concluye que se hizo extemporáneamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto relacionado con el cómputo del término de dos años que para practicar y notificar la liquidación de revisión tiene la Administración de Impuestos, ha sido objeto de análisis por parte de la Sala, que en reiterada jurisprudencia en especial en los fallos de noviembre 19 de 1988 (proceso 0141) y 13 de marzo de 1989 (proceso 1934), en el sentido de que el término de los dos años de que trata el artículo 75 de la Ley 09 de 1983 está enmarcado en principio, entre la fecha que ostenta la declaración o su última adición, como inicial y al mismo número y mes del bienio subsiguiente, como terminación.

De esta manera, en el *sub-lite,* si la declaración tiene como fecha de presentación el 21 de abril de 1981, el término precluía, en principio, el 21 de abril de 1983, dado que no hubo adición ni corrección a la declaración de renta.

Como se le hizo requerimiento especial, la suspensión se produjo el día de su envío por correo, esto es el 25 de febrero de 1983 y a partir de esta fecha se cuenta el término de suspensión hasta el vencimiento del bienio en meses y la fracción en días calendario, para establecer cuanto tiempo le restaba a la Administración para practicar y notificar la liquidación de revisión válidamente.

Desde el 25 de febrero hasta el 21 de abril de 1983 hay exactamente un mes 26 días, es decir que a la administración le restaban 56 días para el vencimiento inicial del término.

Suspendido el término el 25 de febrero por 3 meses para la respuesta al requerimiento, la suspensión rigió hasta el 25 de mayo de 1983, fecha desde la cual deben contarse los 56 días que le restaban de término a la administración, esto es hasta el 20 de julio de 1983, que por ser inhábil se cuenta hasta el día hábil siguiente esto fue el 21 de julio de 1983, fecha en la que se notificó la liquidación de revisión, quedando ésta dentro del término previsto en la ley.

Entonces es dable admitir que cuando media requerimiento el término de los dos años se prorroga por los tres meses más que otorga la ley al contribuyente para dar respuesta, y que se contabilizan por el calendario común debiendo tener un mismo número en los respectivos meses.

Si en el caso de autos, el denuncio fiscal se presentó el 21 de abril de 1981, el término de dos años y tres meses precluía para la Administración el día 21 de julio de 1983, fecha en la cual la liquidación de revisión se notificó válidamente

dentro del término previsto en la ley, razón por la cual el acto acusado no adolece del vicio de nulidad alegado y así debe declararse por la Sala.

En cuanto al aspecto de fondo, relacionado con la determinación de la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios, observa la Sala que, en la declaración tributaria de 1980 la sociedad Papeles Scott de Colombia S.A., denunció un patrimonio líquido de $235.545.943, y que la Administración de Impuestos Nacionales le formuló requerimiento, proponiéndole la determinación de la renta gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios, tomando en cuenta, para efectos de ajustes a la renta las utilidades no constitutivas de renta ni de ganancia ocasional, la ganancia ocasional, la valorización de bienes raíces y la depreciación en los mismos bienes, para una renta líquida de $42.194.682, que redujo en la liquidación de revisión a $36.046.201, en virtud de haber aceptado como valor de maquinaria y equipo, equipo de transporte, muebles, enseres, a suma de $125.189.554, suma igual a la solicitada por la sociedad en el renglón 23 del formulario oficial y $16.988.001 por concepto de utilidades acumuladas a diciembre 31 de 1979 y distribuidas en 1980. Efectuando con ocasión del recurso de reconsideración, reconocimiento de una mayor valorización de bienes raíces por $222.045, suma explicada por el recurrente. Pero mantuvo el rechazo del valor $6.757.850, incluido dentro de la suma de $11.103.627 correspondiente a depreciación acumulada de bienes raíces estimando que no podía aceptarse, porque el contribuyente no la solicitó como deducción y que en este sentido la actuación del funcionario liquidador fue generosa al aceptar la depreciación del año por $4.345.777 pese a no haberla solicitado como deducción.

No aceptó la suma de $29.348.991, que la contribuyente solicita como utilidad comercial toda vez que al efectuar la conciliación incluye la depreciación flexible por $32.324.129 ya contabilizada dentro del valor de $191.022.355 en la que afectó el patrimonio en la determinación privada del impuesto renglón 23, correspondiente a depreciación acumulada y contabilizada, cifra que además se muestra dentro del cuadro de depreciación normal y flexible de maquinaria y equipo.

Para la Sala el asunto se reduce entonces, a determinar si de acuerdo con lo dispuesto en la ley, eran viables los ajustes al patrimonio que pretende la actora para justificar el incremento de acuerdo con el artículo 74 del Decreto Legislativo No. 2053 de 1974:

> "Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considera renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas.
>
> Previamente a esta comparación, deberán hacerse los siguientes ajustes:
>
> 1. En lo concerniente a la renta;

a) Por renta de goce;

b) Por rentas cedidas entre cónyuges, y

c) Por impuestos de renta y complementarios ya pagados.

2. En lo concerniente al patrimonio, los correspondientes a valorizaciones y desvalorizaciones nominales...".

Esta norma fue reglamentada por el artículo 91 del Decreto 187 de 1975 el cual precisa las adiciones y sustracciones que deben hacerse a la renta gravable para determinar la renta ajustada, y los ajustes al patrimonio por valorizaciones y desvalorizaciones nominales, incluyendo los reavaluos autorizados en la ley; si comparados el patrimonio líquido ajustado con el del año inmediatamente anterior, la diferencia que resulte es mayor que la renta gravable ajustada, ésta diferencia se toma como renta gravable a menos que el contribuyente demuestre las causales justificativas del incremento patrimonial. Incremento que pretende justificar la sociedad manifestando que la renta capitalizada determinada por la Administración por valor de $35.465.996 tiene como causa legal la capitalización de la ganancia comercial que por valor de $29.812.853 arrojó el estado de pérdidas y ganancias, según el balance presentado en la declaración tributaria (anexo oficial No. 7), que aparece debidamente certificado por contador público con matrícula 2557-A, valor que la Administración rechazó en razón de que la contribuyente incluyó en la conciliación de la renta comercial y fiscal, la depreciación diferida que por $32.424.129 solicitó la sociedad.

Para la Sala, el mayor valor que sobre la renta gravable arroje la utilidad comercial sí puede capitalizarse para efectos de la comparación patrimonial, pues precisamente su diferencia obedece a aquellas partidas que puede solicitar fiscalmente la sociedad sin que impliquen efectivamente una erogación o gasto; tal es el caso de las deducciones por depreciación y de las reparaciones locativas presuntas que hacen que la utilidad comercial sea superior a la renta gravable de la sociedad.

Se observa que dentro de las deducciones solicitadas por la sociedad se encuentra la depreciación flexible, por el valor antes anotado, cuyo reconocimiento no cuestiona la Administración en el requerimiento especial, en el que sólo plantea el rechazo por $105.027 por concepto de depreciación.

Efectivamente la depreciación flexible de que trata el Decreto No. 1649 de 1976 constituye deducción de la renta fiscal, aun cuando no incida en principio en la disminución de la renta comercial.

No existe razón legal que impida el reconocimiento de este mayor valor como justificativo del incremento patrimonial, menos aún, si el contribuyente activa dentro de su patrimonio la depreciación flexible por valor superior.

No ocurre lo mismo con el valor de depreciación de bienes raíces que por la suma de $11.103.627 alega en su favor la actora manifestando que omitió descontarla del valor patrimonial de los mismos bienes en la declaración de renta, sobre la cual la Administración reconoció $4.345.777, porque, aún cuando obra dentro del expediente certificación de contador público en que consta de que la depreciación sobre edificios por el año de 1980 fue de $4.450.804 no certifica el acumulado por este concepto ni indica que efectivamente su monto no haya sido detraido para determinar el valor patrimonial de los inmuebles y menos aún, que si lo haya sido en el año gravable inmediatamente anterior, para determinar del patrimonio líquido contra el cual se comparó el del año gravable.

Por lo expuesto se practica una nueva liquidación admitiendo como justificativo del incremento patrimonial el mayor valor que sobre la renta ajustada tiene la utilidad comercial, para efectos de comparar este aumento patrimonial con la renta gravable declarada por la contribuyente.

Liquidación que quedará así:

RENTA CONCEPTO	BASE	IMPUESTO
Capitalizada determinada por la Administración en la Resolución 0174 de agosto 20 de 1985	$35.465.996	
Menos mayor valor de la utilidad comercial que se acepta		
(29.812.853) - (17.725.516 + 2.353 + 3.382 + 61.342) =	$12.020.260	
Incremento patrimonial que se toma como renta capitalizada		$9.378.294
Menos descuentos tributarios		$ 454.520
Impuesto neto de renta		$8.923.774
Más impuesto de ganancia ocasional		$ 1.353
TOTAL A CARGO		$8.925.127

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

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia apelada.

2o. DECLARASE la nulidad de la liquidación de revisión No. 1583 de julio 21 de 1983 y de las Resoluciones 0441 de julio 26 de 1985 y 0174 del 20 de agosto de 1985, proferidas por las División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín y la Subdirección Jurídica, División Delegada de Medellín respectivamente.

3o. FIJASE en la suma de OCHO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO VEINTISIETE PESOS M/CTE. ($8.925.127) el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1980, corresponde pagar a la sociedad PAPELES SCOTT DE COLOMBIA S.A. Nit. 90.900.161, conforme a la liquidación practicada en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ RENTA GRAVABLE - Determinación/ **METODO BANCARIO** - Improcedencia

Si bien el Decreto 2218 de 1978 en sus artículos 7° y 10 otorga la facultad de investigar por métodos directos e indirectos, no puede la administración derivar de dicha autorización consecuencias no previstas en la ley ni cambiar los hechos generadores del tributo. Puede sí tomar como base los depósitos bancarios y adelantar la investigación y practicar las pruebas tendientes a demostrar que dichos depósitos provienen de ingresos constitutivos de enriquecimiento. Pero mientras dicha prueba no se dé no puede tomarlos como sinónimo de ingresos gravables con desconocimiento del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 que invoca como violado la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2813. Actor: SOCIEDAD PUNTO AGRICOLA LTDA. Apelación Sentencia de 11 de agosto de 1989. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Renta-1981. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 11 de agosto de 1989, en el juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal incoado por el apoderado judicial de la Sociedad PUNTO AGRICOLA LTDA.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de Revisión No. 100036 de mayo 23 de 1984.

Determinó la renta por el sistema de análisis bancarios y aplicó sanción por inexactitud invocando los artículos 49, 50 y 56 del Decreto 3803 de 1982 y 34 35 del Decreto 2821 de 1974.

Interpuesto el recurso de la vía gubernativa la citada dependencia, mediante Resolución A-001292 P. octubre 2 de 1985, confirmó la liquidación de revisión, estimando válido el método indirecto de fiscalización de consignaciones bancarias y procedente la sanción impuesta.

En desacuerdo con las decisiones gubernativas, la actora a través de apoderado acudió a la jurisdicción contenciosa en acción de restablecimiento del derecho, para que se declararan nulos los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta y complementarios correspondiente al período gravable de 1981 a nombre de la sociedad Punto Agrícola Ltda., por no estar de acuerdo con la adición a los ingresos declarados ni con la sanción impuesta, ya que considera ilegal el método bancario y violados los artículos 17 del Decreto 2053 de 1974; 17 del Decreto 187 de 1975, 32 y 33 de la Ley 52 de 1977, y 15 y 49 del Decreto 3803 de 1982.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda considerando que el método de investigación tributaria era legal, porque la función fiscalizadora del Estado se ejerce a través de métodos directos e indirectos y que el de saldos bancarios es uno de ellos, que permiten indagar sobre la obtención de ingresos ordinarios y extraordinarios realizados por el contribuyente y sobre su cuantía.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia manifestando que aún cuando los métodos de investigación tributaria puedan ser de distinta índole, en lo que atañe a la realización de ingresos, costos o cualquier factor que incida en la formación del impuesto debe aparecer claro y nítido el hecho y no basarse en simples sospechas o conjeturas.

Apoyándose en jurisprudencia de esta Corporación al respecto, solicita se revoque la sentencia apelada.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones del apelante, porque estima que la administración tributaria, para cumplir las funciones que le asigna la Ley, tiene amplias facultades de fiscalización y control, las cuales realiza por distintos métodos previstos en la ley y que el Decreto 2218

de 1978, al fijar las funciones de las secciones de Auditoría Interna y Externa autorizó, en sus artículos 4° y 10, el empleo del método indirecto para investigar la capacidad contributiva del sujeto pasivo de la obligación. Y que a los ingresos así determinados no se les puede oponer la manifestación de pérdida de los libros de contabilidad, porque la pérdida de los libros no inhibe a la Administración para ejercitar la facultad de averiguación y control señalada en la Ley 52 de 1977 artículo 3°, teniendo como base, elementos distintos a los libros del contribuyente.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Olga Lucía Zuluaga V., Fiscal Sexta de la Corporación, estima que la sentencia apelada merece ser revocada y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda, porque si bien es cierto que los decretos sobre organización administrativa de la Dirección General de Impuestos Nacionales y sus dependencias, facultan a dicho organismo para investigar por métodos directos e indirectos la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del impuesto a la renta, tal facultad no permite exceder las normas sustanciales que establecen qué es un ingreso gravable desde el punto de vista fiscal, así como los sistemas de depuración de los mismos para llegar a la base sobre la cual se va a cuantificar el tributo, ni tampoco es posible crear nuevos hechos generadores del impuesto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El punto fundamental de la apelación sobre el cual debe pronunciarse la jurisdicción no es otro que el de la legalidad del método bancario, que frecuentemente utiliza la Administración para determinar la renta gravable del contribuyente.

Como lo anota la colaboradora fiscal, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que no es justo ni jurídico el método de análisis de depósitos bancarios para determinar la renta del contribuyente, ya que no pueden presumirse como ingresos constitutivos de renta para el titular de la cuenta, los dineros o depósitos en ella consignados, ni existe norma jurídica que lo consagre con dicho efecto. Si bien el Decreto 2318 de 1978 en sus artículos 7° y 10 otorga la facultad de investigar por métodos directos e indirectos, no puede la Administración derivar de dicha autorización consecuencias no previstas en la ley ni cambiar los hechos generadores del tributo. Puede sí tomar como base los depósitos bancarios y adelantar la investigación y practicar las pruebas tendientes a demostrar que dichos depósitos provienen de ingresos constitutivos de enriquecimiento. Pero mientras dicha prueba no se dé no puede tomarlos como sinónimo de ingresos gravables con desconocimiento del artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, que invoca como violada la demanda.

Precisamente en este sentido se pronunció la Sala en sentencia del 2 de marzo de 1984, proceso 7044 en donde con ponencia del Consejero Dr. Enrique Low Murtra precisó:

> "Le asiste razón al actor toda vez que el denominado sistema del 'método Bancario' empleado en la liquidación impugnada para determinar los posibles ingresos de su representante en el ejercicio fiscal de 1978 no se encuentra en norma de derecho alguno, ni hay prueba de que las consignaciones del contribuyente en su cuenta corriente provenga de ingresos contitutivos de enriquecimiento, ni la Administración aportó elementos jurídicos que demostraran que realmente las consignaciones del actor se debía a verdaderos ingresos gravables".
>
> "Esta Coporación ha sostenido en numerosas providencias pues ha considerado insólito que los funcionarios administrativos decidan aumentar la renta de un ciudadano bajo el supuesto de que todas sus consignaciones bancarias son ingresos constitutivos de enriquecimiento sin considerar para nada la naturaleza o la fuentes de tales consignaciones. Para aumentar la renta declarada es preciso demostrar inequívocamente que los ingresos económicos son susceptibles de enriquecimiento y ello no es posible si la actuación administrativa se reduce a aplicar el llamado 'método bancario'. Este bien puede servir de indicio pero no es suficiente para desvirtuar la presunción de veracidad de la declaración de renta".

Por las anteriores razones el acto administrativo que utilizó dicho medio para determinar los ingresos gravables al contribuyente merece ser anulado. Así mismo desvirtuado el sistema de la determinación de la renta gravable por método bancario utilizado por la Administración, la imposición de la sanción por inexactitud carece de fundamento legal y habrá de revocarse e igual suerte debe correr la sentencia que lo confirma y debiéndose confirmar la liquidación privada presentada por la sociedad contribuyente en la Administración de impuestos de Bogotá, bajo el No. 004115 del 14 de mayo de 1982, que consta de los siguientes factores:

CONCEPTO	BASE	TARIFA	IMPUESTO
Renta líquida gravable	$482.541	20%	$ 96.508
Sanción por extemporaneidad			$ 9.651
TOTAL impuestos y sanciones			$106.651

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 la sentencia apelada.

2. ANULASE el acto administrativo de determinación del impuesto de renta, complementarios y sanciones practicado por la administración de Impuestos Nacionales a la sociedad PUNTO AGRICOLA LTDA., por el año fiscal de 1981, comprendido por la liquidación de revisión 100036 de mayo 23 de 1984 y Resolución No. 001292 P. del 2 de octubre de 1985.

3. FIJASE en la suma de CIENTO SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($106.159) el valor total del impuesto de renta, complementarios y sanciones, que por el año gravable de 1981 corresponde pagar a la sociedad "PUNTO AGRICOLA LTDA". NIT. 00058014, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO DEFINITIVO/ LIQUIDACION DE IMPUESTO/ ACTO COMPLEJO

La liquidación del impuesto regularmente expedida, no requiere procedimiento confirmatorio alguno, pues es de su naturaleza que surta efecto pleno desde su notificación. La eventual confirmación, en el caso del recurso fallido, no es de la esencia de la liquidación, en cuanto a que sin aquélla no subsistiera ésta. El artículo 24 Decreto 2304/89 habla de acto "definitivo" distinguiéndolo de los que lo modifican o confirman, que también se deben demandar. Es que la liquidación es un acto definitivo y no precisa de otros actos para su perfeccionamiento. Por ello no es válido impugnar sólo el acto confirmatorio, pues, revocado éste, no tiene por qué entenderse insubsistente el confirmado.

Consejo de Estado.- Sala de Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2701. Apelación sentencia de 29 de julio de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que fijaron el impuesto de industria y comercio, por el año fiscal de 1983. Actor: Compañía Nacional Air France S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto en término, mediante apoderado, por la COMPAÑIA NACIONAL AIR FRANCE, S.A., la actora, contra la sentencia de 29 de julio de 1989, inhibitoria, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido respecto de la Resolución No. 073 de 6 de marzo de 1987, proferida por la Junta Distrital de Hacienda en materia del Impuesto de Industria y Comercio liquidado por el período impositivo de 1983, con vigencia a partir del 1o. de enero de 1984.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento, la Dirección Distrital de Impuestos, a través de la liquidación oficial No. 52725 de 26 de febrero de 1986, fijó el citado impuesto sobre una base imponible mayor que la declarada, en razón del rechazo de las deducciones solicitadas.

Dicho acto liquidatorio fue confirmado por la misma dirección impositiva, al resolver el recurso de reposición, por Resolución No. 1111 de 10 de septiembre del mismo año, y ésta a su vez fue confirmada mediante el acto impugnado que desató la apelación subsidiaria, con base en deficiencias probatorias.

DEMANDA

Se citan como normas violadas, los artículos 26 de la Constitución Nacional, 41 del Decreto 01 de 1984 y 64 del Acuerdo 21 de 1983, debido a la inoportunidad de la notificación de la resolución demandada y la consiguiente configuración del silencio administrativo positivo, porque habiéndose sustentado el recurso subsidiario, con fecha 26 de septiembre de 1986, el plazo para pronunciarse y notificar la decisión sobre el mismo habría vencido el 26 de marzo de 1987, esto es, a la conclusión del término de seis meses señalado por el artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983, sin embargo de lo cual, el acto resolutorio solo vino a notificarse por edicto desfijado el 7 de abril de 1987, sin que, por lo demás, hubiera sobrevenido causa legal alguna de suspensión del indicado término de seis meses.

En cuanto el problema de fondo, se cita, el artículo 39, num. 1o., de la Ley 14 de 1983, el cual se considera violado por haberse restado eficacia al acuerdo bilateral de exención recíproca en materia tributaria, suscrito entre la República de Colombia y la República Francesa, cuya copia había sido presentada oportunamente, y desconocido la presunción de legalidad que amparaba dicho acuerdo, con el expediente de una excepción de inconstitucionalidad fundada en el artículo 76, num. 18, de la Carta, improcedente, tratándose de actos administrativos de contenido particular.

EL FALLO APELADO

Propuestas algunas excepciones por la parte opositora, el *a-quo* examinó, en primer término, la sustentada en la "ineptitud sustantiva de la demanda, por no haberse encausado (sic) en contra del acto administrativo complejo", encontrándola probada, por lo siguiente:

La impugnación refiere solo el acto final que agotó la vía gubernativa, no el inicial o principal, que lo era la liquidación oficial, ni el que decidió la reposición, confirmatorio de ésta.

La liquidación del impuesto y las providencias que resuelven los recursos procedentes, no forman acto complejo, porque no concurren a la formación de la citada liquidación, cuya validez y existencia jurídica opera sin necesidad de la concurrencia de las voluntades de quienes desatan los recursos, así se dé la unidad de contenido y fin entre tales actos.

La liquidación es, pues, acto simple, que no cambia su naturaleza ni se convierte en complejo, por el hecho de que sea susceptible de recursos, según lo sostuvo la sentencia de 28 de julio de 1980, dictada por el Consejo de Estado, con ponencia del señor Consejero Jacobo Pérez Escobar, donde se distinguieron tres hipótesis, dadas una decisión principal y las que desatan los recursos, a saber:

Si éstas revocan aquélla, se deben demandar la revocatoria o revocatorias, cuya nulidad deja vigente la revocada.

Si las mismas se limitan a modificar la principal, se deben demandar todas.

Y si son confirmatorias de la principal, basta demandar la principal, pues, anulada ésta, quedan sin piso las confirmatorias.

Con todo, la misma Corporación en providencia de 10 de septiembre de 1982, con ponencia del señor Consejero Samuel Buitrago Hurtado, definió la cuestión suscitada en la última de las citadas hipótesis, así:

Frente al fenómeno de la caducidad de la acción de plena jurisdicción, no basta demandar el acto principal, pues el cómputo del respectivo término se tendría que hacer, entonces, según la fecha de notificación de dicho acto principal y no del confirmatorio, lo que resulta ilógico, ya que el acto que termina la actuación y agota la vía gubernativa es este último. De otro modo, carecerían de sentido los artículos 82 del Código Contencioso Administrativo y 18 del Decreto 2733 de 1959, que exigen el agotamiento gubernativo para ocurrir ante la jurisdicción contenciosa.

Habría lugar, además, a que se perjudicara al administrado, por ser previsible que en el lapso transcurrido entre la notificación o publicación del acto principal y la notificación del confirmatorio, operara la caducidad.

De las tesis examinadas, se reitera la primera, en cuanto mira a los efectos de la providencia confirmatoria, revocatoria o modificatoria de la principal, pero con sujeción al artículo 138 del Código Administrativo, que dispone individualizar el acto acusado, con toda precisión, y añade que pueden indicarse también los de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa.

Dentro del control jerárquico, para que el acto principal deje de existir, es preciso que el acto final lo revoque íntegramente, porque si lo confirma, tal acto no desaparece y queda en firme.

Por ello, como la demanda solo acusa el acto final y no el principal, que era la liquidación del impuesto, la excepción prosperó.

EL RECURSO DE APELACION

La apelante afirma que el *a-quo*, se equivocó, pues decidió basado en una jurisprudencia, la de 28 de julio de 1980, revaluada y modificada expresamente por la de 10 de septiembre de 1982, igualmente citada en el fallo apelado, pero cuyo análisis se "parceló", pues ningún comentario se hizo sobre el aparte de la misma que también decía, "...por ello, bien puede afirmarse, *que basta con demandar la nulidad de los actos que confirman el principal para que éste quede cobijado con la demanda, lo que no ocurre en los desarrollos de la jurisprudencia que por ésta se modifica,* porque el acto principal cuya demanda única se acepta no puede abarcar también los actos posteriores que son independientes y sobre todo posteriores y, por tanto, ni siquiera pueden estar mencionados en él..." (subrayas en el texto del recurso).

O, en otras palabras, que de acuerdo con la sentencia de 28 de julio de 1980, bastaba impugnar el acto principal (la liquidación), mientras que, conforme a la de 10 de septiembre de 1982, la vigente entonces, era suficiente demandar el acto confirmatorio del principal, o sea, el último, como en efecto se hizo.

Subraya, de otro lado, la circunstancia de que en el párrafo de las peticiones de la demanda, se hubiera solicitado dejar en firme la declaración tributaria presentada por el ejercicio discutido, que era, a su ver, una petición "totalizadora", de cuya sola enunciación se podía establecer la nulidad de los actos administrativos que pretendían modificarla pues, declarada su firmeza, surgiría "automática-mente" la nulidad de tales actos.

Se pregunta, adicionalmente, si el administrado, en el caso de que los vicios alegados radicaran sólo en el último acto, estaría obligado a impugnar actos anteriores no afectados por ninguno "para satisfacer una ritualidad procesal sin sentido".

O si, concretamente, la demanda se hubiese contraido exclusivamente al punto de la extemporaneidad del último acto, descartando las pretensiones de fondo, tendría que haber atacado actos precedentes, respecto de los cuales no se observaba causal alguna de nulidad.

En ambos casos, dice "la respuesta debe ser forzosamente negativa, pues uno de los requisitos de toda demanda es el señalamiento de las normas violadas y el concepto de la violación", de modo que si los actos que antecedieron al viciado, no infringieron ninguna norma, es perfectamente viable demandar solo éste.

Por lo que respecta al silencio administrativo positivo alegado, manifiesta haber protocolizado, en los términos del artículo 42 del Decreto 01 de 1984, las copias del recurso gubernativo y de declaración jurada de no haber recibido

notificación, en tiempo, de la decisión pertinente, debiendo entenderse realizados los supuestos de hecho del artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983, toda vez que "las providencias clandestinas no tienen ningún efecto jurídico".

Señala, además, la circunstancia de que la administración distrital, pese a conocer el acto de protocolización en cuestión, la escritura No. 1686 de 30 de abril de 1987, de la Notaría 7a. de Bogotá, y disponer de facultad legal, no hubiera solicitado la cancelación de tal acto, "lo cual debe apreciarse como un indicio en su contra y como un reconocimiento implícito de la legalidad del procedimiento seguido (el de la protocolización)..." (paréntesis en el texto del recurso).

Por último, invoca el concepto fiscal emitido en la primera instancia del juicio, favorable a las pretenciones de la demanda, por el reconocimiento de la operancia del silencio aducido, de conformidad con el inciso 2o. del citado artículo 42 del Decreto 01 de 1984 y la aludida prueba de la protocolización.

ALEGATOS

La parte opositora, en extenso memorial que reproduce la contestación de la demanda y el alegato para fallo de primer grado, se reafirma en la totalidad de las excepciones propuestas, incluso la que se tuvo por demostrada en la sentencia, a saber, la ineptitud sustantiva de la demanda.

a) "*...Por no haberse encausado (sic) en contra del acto administrativo complejo*", que derivaría de no aparecer dirigida la acción contra toda la actuación administrativa, no obstante constituir ésta acto complejo, y no decisión "aislada y fuera de contexto, sin relación con ninguna otra", mediante el cual la administración habría expresado su voluntad en un mismo sentido, en forma que impetrada la nulidad de solo una parte de tal actuación, la restante quedaría vigente, sin posible retorno a la normalidad jurídica, si ésta hubiera sido alterada realmente.

Sostiene que la providencia atacada, no era más que la culminación, o punto final, de una actuación administrativa cuyo origen había sido, a su vez, la liquidación oficial del tributo, contando, además, con el acto resolutorio del recurso de reposición, que también debió quedar comprendido en la demanda para no desintegrar el acto complejo, de donde, la impugnación de uno solo de los elementos inescindibles de éste, aún en caso de prosperar, dejaría vigentes los demás y haría nugatoria la pretensión de restablecimiento.

Sobre el particular, se citan y transcriben apartes de las sentencias de 26 de enero de 1983 y 30 de noviembre de 1985, dictadas por el Consejo de Estado.

b) "*...Por indebido agotamiento de la vía gubernativa*", de conformidad con los artículos 59 y 62 del acuerdo 21 de 1983, ya que, "por falencia procedimental inexcusable", la recurrente no dirigió la apelación subsidiaria, contra la liquidación oficial, como debió serlo, sino contra la resolución que había decidido

el recurso de reposición, la cual carecía de recursos, no habiéndose sustentado, así, el recurso realmente concedido por la administración.

c) "*...Por ausencia de requisitos formales*". A este respecto, la opositora asevera que la accionante no anexó a la demanda la copia hábil del Acuerdo 21 de 1983, algunas de cuyas disposiciones se habían dicho violadas, ni pidió al ponente obtenerla, de acuerdo con el artículo 141 del Decreto 01 de 1984, pese a que se trataba de pieza de "principalísima importancia" para el examen de la cuestión de fondo, cuya omisión debía dar lugar a las consecuencias contempladas en el artículo 143 ib., o al pronunciamiento inhibitorio impetrado.

d) "*...Por no pago de la suma discutida*", según los artículos 140 ib. y 83, inciso final, del precitado Acuerdo 21, supuesto que la demandante no hizo la consignación de dicha suma dentro del plazo indicado por estas normas, no siendo suficientes la oferta y prestación de una caución, menos vencido ese lapso.

En lo que concierne al silencio administrativo positivo alegado en la demanda, la opositora niega que el mismo se hubiera configurado, porque, en tesis suya, el plazo de seis meses de que, a términos del artículo 64 del Acuerdo 21 de 1983, dispone la administración para "pronunciarse", lo es para " no guardar silencio", o "decir algo", independientemente de que la "mera" notificación de lo decidido se realice por fuera de dicho lapso, hecho que, a su ver, no debe acarrear consecuencias adversas para la administración o sus funcionarios, disciplinarias o penales, en el caso de éstos, ni favorables al administrado, pues donde el "legislador" (sic) distrital dice "pronunciamiento", no puede entenderse "notificación" del pronunciamiento, hipótesis que repugnaría a la hermenéutica, según las reglas de los artículos 27 y 31 del Código Civil.

Contrariamente, de la circunstancia de que la contribuyente hubiera desatendido la citación que se le hizo para notificación personal de la providencia que había resuelto la apelación subsidiaria, en fecha en que aún no vencía el cuestionado término de seis meses, y que forzó la notificación por edicto, fijado éste igualmente en tiempo, infiere una conducta "omisiva, negligente, audaz (y) temeraria" de la citada, indigna de protección o respaldo.

Por lo que hace al asunto de fondo, con base en un acuerdo o tratado sobre transportes aéreos, estima la cuestión como "de decima categoría" (?), que desconoce los más elementales principios del derecho internacional público, toda vez que, aunque admite la existencia del tratado, le resta cualquier eficacia en la materia controvertida, no solamente porque el mismo solo fue aprobado por el Congreso mediante la Ley 06 de 1988, sino porque, para que entrara el "vigor definitivo", se requerían las notificaciones previstas en el artículo XV del propio documento en cita, aparte de no ser exacto que allí se hubieran pactado concesiones fiscales "de todo género", pues éstas, según el texto examinado, se habrían reducido exclusivamente al impuesto de renta y complementarios. La parte actora, se abstuvo de otras alegaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, se pronuncia por la confirmación de la sentencia apelada porque, no obstante la variedad de alternativas de decisión que ofrecía la controversia, pues, tratárase, o no, de acto complejo, aconsejaba la experiencia acusar todas las resoluciones desfavorables que conformaran la decisión atacada particularmente el acto inicial, origen del proceso gubernativo, en guarda, además, de las formas procesales, cuyo intento de abolición en Francia, en 1798 (sic), condujo al caos absoluto y al desprestigio de la magistratura.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo que se debate, la Sala precisa que, la anulación de un acto administrativo no opera "automáticamente", como secuela de la nulidad declarada de otro, según lo sugiere la recurrente, dadas las restricciones que, en la legislación aplicable, imponen entre otros requisitos, el de la precisa individualización de los actos demandados.

El criterio para determinar cuándo un acto es inherente, o no, a otro, es la forma como, en su producción, se manifiesta unilateralmente la voluntad de la administración, pues, de emanar ésta de un solo órgano, hace el acto simple, sin relación sustancial con ningún otro acto, por haber quedado definitivamente formada ya la misma; en tanto que si se expresa por dos o más órganos, conjunta o sucesivamente, el acto se torna complejo.

De esta última especie será, el acto que, expedido por un órgano, no se perfecciona sino mediante la aprobación impartida por otro u otros diferentes del primero; no, en cambio, el acto proferido por órgano pluripersonal, ni el que resulte de meros actos preparatorios o de trámite, respecto de los cuales aún no se ha formado la voluntad final.

Por ello, no siempre la suma de actos simples, aunque con determinada conexión, puede dar lugar a un acto complejo.

Ahora bien, la liquidación del impuesto regularmente expedida, no requiere procedimiento confirmatorio alguno, pues es de su naturaleza que surta efecto pleno desde su notificación, sin que las pretensiones negadas de una reclamación de la que, incidentalmente, fuera objeto, tengan otra virtud que la de suspender transitoriamente su ejecutoriedad.

Entonces la eventual confirmación, en el caso del recurso fallido, no es de la esencia de la liquidación, en cuanto a que sin aquélla no subsistiera ésta, toda vez que ejecutoriado el acto confirmatorio, prosigue la ejecutoriedad del confirmado hasta su consumación, como si no hubieran mediado el recurso y la resolución adversa del mismo.

Por ello, el artículo 24 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó al 138 del Decreto 01 de 1984, habla de acto "definitivo" distinguiéndolo de los que lo modifican o confirman, que también se deben demandar. Es que la liquidación es, ciertamente, un acto definitivo, como expresión completa de la voluntad de la administración, que, por ende, no precisa de otros actos para su perfeccionamiento.

De ahí, también, no es válido impugnar solo el acto confirmatorio, pues, revocado éste, no tiene por qué entenderse insubsistente el confirmado.

El hecho de que, la liquidación estuviera exenta de vicios, no justifica la falta de su singularización e impugnación, pues, como lo reconoce la accionante, el fin perseguido en la demanda no era otro que el de obtener una declaración de nulidad de la misma, único medio para que la liquidación privada quedara firme.

Por otra parte, no se explicaría cómo una liquidación oficial que el contibuyente reputa "perfecta", se sometiera, por éste, sin embargo, a las contigencias de un proceso de discusión gubernativa, a sabiendas de que, obviamente, nada tendría que alegar y, por tanto, su recurso se rechazaría de plano por falta de expresión de los motivos de inconformidad.

Sin que se requiera el particular examen de otros de los hechos exceptivos propuestos por la parte opositora, de no menor relevancia, se debe concluir que, en el caso en examen, la demanda era inepta, como en efecto lo definió el fallo atacado, por ausencia de la debida individualización e impugnación del acto que debió demandarse principalmente, que lo era la liquidación oficial del gravamen discutido, no estando así 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 en todas sus partes 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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA

La violación que se acusa es flagrante por varias razones: a) Mientras la norma reglamentaria ordena que se compute la renta presuntiva por el 40% de su valor, la reglamentaria prescribe que se compute por el 60% del valor patrimonial neto; b) Al agregar ésta el vocablo "neto" se infringe la normatividad constitucional sobre las funciones de carácter reglamentario de que tratan los artículos 76-1 y 120-3; c) Mientras la ley reglamentada sólo permite excluir los aportes y participaciones que correspondan a sociedades limitadas o asimiladas, el reglamento ordena excluir del patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva, el valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas, y d) Mientras la norma reglamentaria permite descontar el valor de los dividendos y participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades nacionales, la norma superior reglamentada se refiere sólo a sociedades anónimas y asimiladas; permite excluir los dividendos y no las participaciones, como lo permite el artículo reglamentario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 1301. Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Avaro Hernández Gama Beltrán C/ Gobierno Nacional Autoridades Nacionales. -FALLO-.

Se decide la demanda de nulidad impetrada contra los artículos 2°, ordinales 2°, 3° y 4°, numeral 1 del artículo 3° y de los artículos 4° ordinales 1°, 2° y 3° y los artículos 4° y 6° del Decreto Reglamentario No. 353 de 1984.

ANTECEDENTES

Los ciudadanos Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y Alvaro Gama Beltrán en uso de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, piden que se decrete la nulidad de las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto Reglamentario 353 de 1984 por ser violatorias de normas superiores principalmente de la Ley 9a./83, así:

> 1o. Artículo 2°, ordinal 2°, que dice: "El patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva será el que se obtenga de excluir el total del patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, el valor patrimonial neto de los activos representados en los siguientes bienes: "1... 2". "EI sesenta por ciento (60%) *del valor patrimonial neto* representado en ganado de cría, hembra de levante y leche". (Lo subrayado es de la Sala).

Los actores consideran que la norma anterior acusada quebranta el parágrafo 2° del artículo 15 de la Ley 9a./83, que dispone:

> "Para efectos tributarios se presume que la renta líquida del contribuyente para el año gravable de 1983, no es inferior al 6% de su patrimonio líquido en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior, o al 11/2% de los ingresos netos obtenidos en el respectivo año gravable, si éste último valor fuere superior. Para el año gravable de 1984, estos porcentajes serán del siete por ciento (7%) respectivamente; para los años gravables de 1985 y siguientes estos porcentajes serán del ocho por ciento (8%) y dos por ciento (2%), respectivamente...".
>
> "Parágrafo 2. El ganado de cría, hembra de levante y leche, *sólo se computarán para efectos de la determinación de la renta presuntiva en el cuarenta por ciento (40%) de su valor"* (Subraya la Sala).

ACUSACION

La norma superior ordena excluir un porcentaje, del valor equivalente al cuarenta por ciento (40%), mientras la disposición reglamentaria habla del sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial neto.

2o. Así mismo tacha de ilegal al ordinal 3° del mismo artículo 2° del Decreto 353 de 1984. La norma acusada, artículo 2°, dice:

> "El patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva será el que se obtenga de excluir del patrimonio líquido del año inmediatamente

anterior al gravable el valor patrimonial *neto* de los activos representados en los siguientes bienes: 1o.- ..." "2o.- ...". 3o.- El veinticinco por ciento (25%) del valor patrimonial *neto* de los predios rurales, cuando el valor patrimonial se fije con base en el avalúo catastral".

La norma que se dice transgredida, Artículo 23, parágrafo 1° de la Ley 14 de 1983, expresa:

"En el caso de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales, cuando el avalúo catastral de los bienes inmuebles que tengan el carácter de activos fijos fuere superior al costo fiscal, de dicho avalúo se tomará en cuenta para determinar: a) la renta o ganancia ocasional obtenida en su enajenación; b) la renta presuntiva; c) los patrimonios bruto, líquido y gravable; d) el avalúo de los bienes relictos." "Parágrafo 1°: Para los predios rurales el avalúo catastral señalado en los literales b), c) y d) sólo se tomarán en el 75% de su valor".

ACUSACION

Dicen los actores que "el reglamento modifica la ley disponiendo que el porcentaje por excluir sea sobre el valor neto del predio, no sobre "todo su valor" como élla ordena, flagrante, "brilla al ojo" sin más examen, la ilegalidad de este acto con que se han transgredido también las normas constitucionales sobre la función reglamentaria".

3o. Es nulo igualmente el ordinal 4° del artículo 2° del Decreto Reglamentario 353 de 1984.

Norma acusada: Artículo 2°, dice: "El patrimonio líquido base para el cálculo de renta presuntiva, será el que se obtenga de excluír el total del patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable, el valor patrimonial neto de los activos representados en los siguientes bienes:

"1o. ... 2o. ... 3o. ...4o.- El valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas".

Disposición superior quebrantada. El artículo 16 de la Ley 9a. de 1983, que dispone: "Los a portes y participaciones que a las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas correspondan en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio líquido, la renta líquida ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1°, del artículo 15 de la presente Ley.

Para determinar el valor del aporte que se debe excluir, se descontará de éste la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda.

"La norma establecida en este artículo también se aplicará para las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedades anónimas y asimiladas colombianas".

"Cuando la renta líquida de una sociedad limitada o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada agregará el valor de las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable".

ACUSACION

Dicen los memorialistas: "Su mandato es que en estas circunstancias, para decidir si se grava sobre renta real o sobre renta presuntiva... los dividendos y las participaciones que no se tengan en cuenta se resten, para determinar: a) según el primer inciso y el tercero, "la renta líquida", o sea, la que resulta por el "sistema ordinario"; b) según los mismos incisos, los ingresos netos base de la renta presuntiva; y que el valor neto de las acciones y de los aportes se excluya del patrimonio base de la renta presuntiva; finalmente, que cuando como renta líquida se tome, no la real sino la presuntiva "así determinada", se le sumen "las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable". De ello se concluye que la norma sustancial (ley) está dirigida a las sociedades limitadas tal como lo define el artículo 5° del Decreto 2053 de 1974.

4o. Es nulo así mismo el artículo 3°, numeral 1° del Decreto 353 de 1984.

NORMA ACUSADA

"Artículo 3°, numeral 1°: La base de cálculo de los ingresos netos efectos de la renta presuntiva, se establecerá restando de los ingresos netos susceptibles de constituir renta, realizadas en el año gravable, los que correspondan a los siguientes conceptos: "1. El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza, en sociedades Colombianas".

Disposición Superior Violada: El artículo 17 de la Ley 9a. de 1983, que dice:

"Las acciones y dividendos que correspondan a sociedades anónimas y asimiladas en sociedades colombianas de la misma naturaleza que las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio y la renta líquidos, ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1° del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor de las acciones que debe excluirse, se descontará de dicho valor la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda".

ACUSACION

La norma legal se dirige a excluir los aportes de las sociedades anónimas y asimiladas; y el reglamento pretende extenderlo a las demás sociedades de cualquier naturaleza, esto es, las comprende a todas, infringiendo el artículo 120, ordinal 3° de la Constitución Nacional.

5o. Son ilegales los ordinales 1°, 2° y 3° del artículo 4° del Decreto Reglamentario 353/84 y el artículo 6° ibídem.

"De conformidad con los artículos 15, 16, y 17 de la Ley 9/83, el valor de la renta líquida allí establecida se obtendrá en la siguiente forma:

1o. Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo 2° del presente decreto se calcula al seis por ciento (6%) por el año gravable de 1983, el siete porciento (7%) por el año gravable de 1984 y el ocho por ciento (8%) por el año gravable de 1985 y siguientes."

"2°.Sobre el valor de los ingresos netos determinados en la forma determinada en el artículo 3° del presente decreto se calcula el uno punto cinco porciento (1.5%) por el año gravable de 1983 y el dos porciento (2%) para los años gravables de 1984 y siguientes."

"3°. El mayor de los valores resultantes de los numerales anteriores, se suma el valor de los siguientes ingresos:

"A.- El de los ingresos realizados en actividades económicas sobre las cuales se acepta una reducción proporcional de la presución de rentabilidad mínima a que hacen referencia los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo anterior, y el de los dividendos mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, previamente afectados todos éllos con los costos y deducciones imputables a dichos ingresos."

"Cuando existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, solo se podrán afectar los ingresos de que trata este artículo con el resultado que se obtenga de multipilicar el monto de las deducciones comunes por el porcentaje que representen los ingresos netos excluídos dentro de los ingresos netos totales del contribuyen."

"B.- El de las participaciones de que trata el numeral 1° del artículo anterior."

ACUSACION: Sostienen los demandantes que con el ordinal 1° de este artículo establece que el patrimonio líquido base para la determinación de la renta presuntiva general reglada en el artículo 15 de la ley 9/83, la especial de las sociedades limitadas regulada por el artículo 16 ibídem, y la especial de las anónimas inversionistas de que trata el artículo 17 ibídem se determine "en la forma indicada en el artículo 2° de este decreto" y como dicho artículo 2° en sus ordinales 2°, 3° y 4° son ilegales y violan la citada ley 9/83 y el artículo 120

ordinal 3° de la Constitución Nacional, es apenas lógico que también deben anularse.

6o. Es ilegal el artículo 6° del Decreto reglamentario 353/84 que dice:

Norma Acusada: Para efectos de obtener la renta gravable se tomará como renta líquida la que resulte superior de comparar la renta líquida establecida por el sistema ordinario y la renta líquida establecida de conformidad con el artículo 4° de este Decreto. A dicha renta líquida se le restará la renta exenta.

Normas que se consideran violadas: Los artículos 16 y 17 de la Ley 9/83 que disponen:

"Los aportes y participaciones que a las sociedades de responsabilidad limitada correspondan en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio líquido, la renta líquida, ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1° del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor de aporte que se debe excluír, se descontará de éste la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda."

"La norma establecida en este artículo tambien se aplicará para las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedades anónimas y asimiladas colombianas."

"Cuando la renta líquida de una sociedad limitada o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada se agregará el valor de las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable".

Por su parte el artículo 17 de la Ley 9a. de 1983, dispone:

"Las acciones y dividendos que correspondan a sociedades anónimas y asimiladas en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas, no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio y la renta líquida, ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1° del artículo 15 de la presente ley. Para determinar el valor de las acciones que deben excluírse, se descontará de dicho valor la parte del pasivo que proporcionalmente le corresponda".

ACUSACION: Los libelistas expresan:

"El mismo artículo 4°, ordinal 3° de este Decreto 353, junto con su artículo 6°, al ordenar que la suma o adición de los dividendos y las participaciones se haga en la etapa anterior a la de comparar los términos o factores ante los cuales se decide luego grava sobre renta real o sobre renta presuntiva, es evidente, manifiesto, que la norma reglamentaria que contienen infringe los artículos 16 y 17 de la Ley 9a. de 1983, cuyo incisos finales contienen

la norma que de dicha adición se haga a la renta determinada por el sistema de renta presuntiva".

7o. Mediante auto de 23 de febrero de 1987, el Consejero Conductor del proceso suspendió provisionalmente las siguientes disposiciones del decreto 353 de 1984:

1) Los ordinales 2°, 3° y 4° del artículo 2°;

2) El numeral 1° del artículo 3° ibídem.;

3) Del artículo 4° del Decreto 353/84 el ordinal 1° en cuanto se remite al artículo 2° en la forma de determinar la renta presuntiva de que tratan los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9a. de 1984;

4) Los ordinales 2° y 3° del artículo 4°, y,

5) El artículo 6° junto con el artículo 4° ordinal 3°.

8o. El auto anterior fue suplicado por el Delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales según memorial visible a folios 27 a 35 del expediente que sirvió, igualmente, de alegato de conclusión como consta a folio 49 del proceso.

9o. Por providencia de julio 1o. de 1988 (fls. 37 a 40) la Sala de Decisión consideró que como los artículos 47, 48 y 49 de la Ley 75/86 definieron en forma nítida las cuestiones atinentes a la exclusión, para la determinación del patrimonio líquido base de la presunción, de los aportes y acciones, y la fijación del ingreso neto objeto de dicha presunción, de las participaciones y dividendos, y las relacionadas con "el valor" a que se debe atender al momento de la exclusión de bienes del régimen de presunción, la suspensión provisional decretada quedó sin base por sustracción de materia jurídica ya que su fin es impedir que continúe produciendo los efectos de la violación. Analizó igualmente la Sala la forma como el artículo 47 de la ley 75/86 ordenó restar del patrimonio líquido los aportes y acciones, sea cual fuere su titular, con tal de que se posean en sociedades colombianas. En la misma forma, como lo prevee el artículo 48 *ibídem*, del ingreso neto se deben restar los dividendos y participaciones, con la única condición de que dichos ingresos se hubieren recibido de sociedades nacionales.

Por otra parte el artículo 49 refiere el "valor patrimonial neto" como variable de computo u operación, para cualquier evento en que se autorice la exclusión de bienes, para la determinación de la renta presuntiva.

Consideró igualmente que el artículo 48, inciso 2°, reguló el aspecto relacionado con la adición de los dividendos y participaciones en el sentido de que tal suma debe efectuarse una vez establecida la renta presuntiva.

LA PARTE OPOSITORA: Como antes se dejó dicho la Dirección General de Impuestos Nacionales pidió que se tuviera como alegato de conclusión el mismo escrito que sirvió de base para sustentar el recurso de súplica en el cual expresó (fls. 27 a 35) luego de transcribir tanto la norma sustantiva como reglamentaria:

a) Al analizar las disposiciones se parte del patrimonio bruto que debe incluir el 40% del valor del ganado de cría y leche y el 75% de los predios rurales, luego se restan las deudas para obtener el patrimonio líquido, y agrega:

"a este rubro se debe excluír el 60% del *valor patrimonial neto* del ganado de cría, hembras de levantes y cría, hembras de levante y leche, y el 25% del *valor patrimonial neto* de los predios rurales. (se subraya).

"Este valor patrimonial neto es aquel que está afectado por la deuda que proporcionalmente le corresponda al bien denunciado".

De conformidad con el Decreto 353, se excluye del patrimonio líquido señalado en forma norma al 60% (complemento del 40%) del valor patrimonial afectado por las deudas (valor patrimonial neto) del ganado de cría, hembras de levante y leche, y el 25% (complemento del 75%) del valor patrimonial menos las deudas correspondientes (valor patrimonial neto) de los predios rurales, para así determinar el patrimonio líquido objeto del cálculo de la renta presuntiva. Mientras la ley habla de porcentaje de valores (40% y 75%) que incluyen dentro del patrimonio bruto y una vez afectado con los pasivos se puede determinar el patrimonio líquido. El reglamento plantea lo mismo en otros términos: El decreto excluye el patrimonio líquido determinado en la forma común los porcentajes que complementan los citados del 60% y 25% pero teniendo en cuenta el valor patrimonial neto de los activos antes mencionado, que no es otra cosa que el patrimonio líquido. Considera que no se dan los presupuestos exigidos por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto no hay violación ostensible y flagrante.

b) Expresa, en cuanto al artículo 3°, numeral 1°, del Decreto 353 de 1984 que al decir "el valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades colombianas" es sólo un resumen de los artículos 16 y 17 de la ley 9a./83, pues al hacer referencia a "sociedades de cualquier naturaleza" se está refiriendo correctamente, tanto a sociedades de responsabilida limitada y asimiladas como a sociedades anónimas y asimiladas.

c) Respecto a los ordinales 1°, 2° y 3° del artículo 4° del Decreto 353/84 apoya su petición en los mismos argumentos expuestos que sirvieron de fundamento para suspender su aplicación. Sostiene que al ser suspendido el ordinal 1° por hacer referencia al artículo 2° del Decreto 353/84 y como los numerales 2°, 3° y 4° del citado artículo 2° también se suspendieron,

igual suerte debe correr el citado ordinal 1° y a contrario sensu no anular la citada norma.

En relación con el ordinal 2° del artículo 4° por hacer refencia al 3° y como de esa norma se suspendió el numeral 1° (son 7 numerales) entonces debe suspenderse dicho ordinal 2° y al pedirse no anulación del numeral 1° del artículo 3° debe entenderse pedida para el ordinal 2° del artículo 4° "teniendo como fundamento las mismas razones esbozadas por el Honorable Consejero Ponente" .

Considera que la suspensión del ordinal 3° del artículo 4° "en cuanto dispone que a la renta presuntiva por el mayor valor resultante de los dos numerales anteriores se sume "el valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades colombianas". Deduce que tal disposición se suspendió por hacer referencia al numeral 1° del artículo 3° del Decreto 353/84. Pide que el ordinal 3° del artículo 4° se anule.

EL MINISTERIO PUBLICO: En su concepto de fondo solicita que se anulen:

a) El artículo 2° en sus ordinales 2° y 4°, y,

b) El artículo 3° en su numeral 1° por las razones que siguen:

a) El ordinal 2° del artículo 2° en cuanto crea una situación muy diferente a la expresada por el legislador, lo que implica exceso en la facultad reglamentaria; y el ordinal 4° del mismo artículo por ampliar el alcance del precepto súperior al referirse a los aportes que cualquier clase de sociedad posea en otras de responsabilidad limitada; en cambio la ley 9a./83 en su artículo 16 se refiere a los aportes que las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas tengan en otras sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas.

b) El artículo 3° numeral 1° por que transgrede el artículo 17 de la ley 9a./83 al disponer que los dividendos que correspondan a sociedades anónimas y asimiladas en sociedades colombianas de la misma naturaleza de las nombradas no se tendrán en cuenta para determinar el patrimonio y la renta líquidos ni los ingresos netos a que se refiere el inciso 1° del artículo 15 de la Ley citada; y el Decreto reglamentario extiende su alcance al referirse a dividendos que correspondan no a sociedades anónimas y asimiladas sino a sociedades de cualquier naturaleza.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Del estudio del auto visible a folios 37 a 46, por la cual se revocó la suspensión provisional conforme con la reiterada jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, la Sala decide la demanda instaurada contra algunos

artículos del Decreto 353/74 reglamentario de la Ley 9a./83 con el fin de producir un pronunciamiento de fondo.

Asímismo observa la Sala que el referido auto revocó la suspensión provisional de las normas demandadas en cuanto los artículos 47, 48 y 49 de la ley 75 de 1986 definieron de manera nítida los puntos reglamentados tales como la exclusión, para la fijación del patrimonio líquido, de ciertos bienes y para la fijación del ingreso neto de determinadas rentas y otras como "valor", patrimonial neto, la disminución del patrimonio líquido de los aportes y acciones siempre que se posean en sociedades colombianas y otros conceptos que más adelante se analizarán.

1. Consideran los actores que el artículo 2°, ordinal 2° del Decreto Reglamentario 353/84 tal como quedó transcrito en esta misma providencia, viola el artículo 15 parágrafo 2° de la Ley 9a./83 al ordenar dicha ley excluir, para la determinación de la renta presuntiva, un porcentaje del valor total del cuarenta por ciento (40%) de su valor, mientras el reglamento habla del sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial neto, representado en ganado de cría, hembras de levante y leche.

La violación que se acusa es flagrante puesto que la norma reglamentada, esto es, el artículo 15 parágrafo 2° de la Ley 9a. de 1983 ordena que se compute la renta presuntiva por el cuarenta por ciento (40%) de su valor, al paso que la norma reglamentaria prescribe que se compute por el sesenta por ciento (60%) del valor patrimonial neto, es decir, deduciendo el pasivo, lo que implica modificar la base establecida en la ley.

En efecto, la expresión su "valor" se refiere al total o valor bruto del bien, tal como lo define el artículo 38 de la Ley 9a./83. En cambio, el valor patrimonial neto, es el resultante de restar del patrimonio bruto las deudas (art.106, Dcto. 2053/74), o como lo define el artículo 10 del Decreto 825/78 "...el patrimonio neto está constituido por el activo menos el pasivo...". Se configura entonces el exceso de la facultad reglamentaria y por lo mismo se anulará el mencionado numeral 2° del artículo 2° del Decreto 353/84.

2. La disposición contenida en el numeral 3° del artículo 2° del decreto 353 de 1984 al ordenar excluir para la determinación de la renta presuntiva "el 25% *del valor patrimonial neto* de los predios rurales cuando el valor patrimonial del bien se fija con base en el avalúo catastral", está violando el parágrafo 1° del artículo 23 de la Ley 14/83 que ordena tomar para el mismo fin dichos bienes "en el 75% de su valor". Al agregar el vocablo *neto* (se subraya) se transgrede la normatividad constitucional sobre las funciones de carácter reglamentario contenido en la regla primera (1a.) del artículo 76 de la Constitución Nacional y en el artículo 120, ordinal 3° ibídem. Prospera el cargo.

3. Violación del artículo 16 de la Ley 9a./83, por el artículo 2°, ordinal 4° del Decreto Reglamentario 353/84.

Conforme a la transcripción de estas disposiciones contenidas en esta providencia, se observa que la violación de la norma reglamentada es manifiesta y surge de la sencilla comparación de las dos disposiciones. En efecto, mientras el artículo 16 de la Ley 9a./83, solo permite excluir los aportes y participaciones que co-rrespondan a sociedades limitadas o asimiladas, en otras de la misma naturaleza, el numeral 4° del artículo segundo del Decreto 353/84, ordena excluir del patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva, el valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas. Hay por tanto, exceso en la facultad reglamentaria al contradecir los términos de la ley.

Asímismo, el reglamento viola el penúltimo inciso del artículo 16 citado, por cuanto su aplicación se refiere "para las acciones y dividendos que correspondan a las sociedades de responsabilidad limitada en sociedades anónimas y asimiladas colombianas", y el reglamento, por su parte, trata del valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza, esto es, extiende a todas las sociedades la aplicación de la norma y no como lo dispone la ley, que las restringe a los aportes en sociedades limitadas y asimiladas colombianas. Con ello se excedió el reglamento e incurrió en la violación del ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional, por lo que procede la anulación del artículo 2° del Decreto 353/84 en su ordinal 4°.

4. Violación del artículo 17 de la Ley 9a./83 por el artículo 3°, ordinal 1° del Decreto Reglamentario 353/84.

El artículo 3° numeral 1° del Decreto 353/84 permite para determinar la base del cálculo de los ingresos netos para fijar la renta presuntiva, descontar el valor de los dividendos y participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza en sociedades nacionales; en cambio, la norma superior reglamentada, artículo 17 de la Ley 9a. de 1983, se refiere sólo a sociedades anónimas y asimiladas; permite excluir los dividendos y no las participaciones, como lo permite el artículo reglamentario. Es pertinente su anulación por exceso de la facultad reglamentaria.

5. Violación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9a./83, el ordinal 1° del artículo 4° del Decreto 353/84.

Dice la norma acusada: "De conformidad con los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9a. de 1983, el valor de la renta allí establecida se obtendrá en la siguiente forma:

"1. Sobre el valor del patrimonio líquido determinado en la forma indicada en el artículo 2° del presente decreto se calcula de seis por ciento (6%) y por el año gravable de 1983, el siete por ciento (7%) por el año gravable de 1984 el ocho por ciento (8%) para el año gravable de 1985 y siguientes" .-

En razón de que el ordinal 1° del artículo 4° del Decreto Reglamentario 353 de 1984 dispone que el patrimonio líquido base para determinar la renta presuntiva de carácter general tratada por el artículo 15 de la Ley 9a./83 antes transcrita, la renta presuntiva especial de las sociedades limitadas inversionistas de que habla el artículo 16 de la citada ley, y la renta presuntiva especial de las sociedades anónimas inversionistas, de que trata el artículo 17 de la Ley 9a./83, se determina como lo señala el artículo 2° de este Decreto (353/84) y teniendo en cuenta que los ordinales 2°, 3° y 4° del artículo 2° del Decreto 353/84 se anulan, es igualmente ilegal, este ordinal por remitirse en su aplicación a normas anuladas por ilegales.

6. Violación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9a./83, por el ordinal 2° del artículo 4° del Decreto 353/84. Esta norma expresa:

> "Artículo 4°. "De conformidad con los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9a. de 1983, el valor de la renta allí establecida se abstendra en la siguiente forma:
>
> "2°. Sobre el valor de los ingresos netos determinados en la forma indicada en el artículo 3° del presente decreto se calcula el uno punto cinco por ciento (1.5%) por el año gravable de 1983 y el dos por ciento (2%) para los años gravables de 1984 y siguientes".

Este ordinal dispone que los ingresos que sirven de base para la determinación de la renta presuntiva se determinen como lo indicà "el artículo 3° del presente decreto" disposición de la cual sólo se anula el ordinal 1° que dando vigente los restantes, no es procedente su anulación por la sola referencia que hace al artículo tercero que contiene siete (7) numerales y tres parágrafos de los cuales sólo se anula el numeral primero. No prospera el cargo.

7. Violación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 9a./83 por el ordinal 3° de los artículos 4° y 6° del Decreto Reglamentario 353/84.

Las disposiciones acusadas expresan en su orden:

"Ordinal 3°, Artículo 4°:

"Al mayor de los valores resultantes de los dos numerales anteriores se suman el valor de los siguientes ingresos:

> "a) El de los ingresos realizados en actividades económicas sobre las cuales se acepta una reducción proporcional de la presunción de rentabilidad mínima, a que hacen referencia los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo anterior, y de los dividendos mecionados en el numeral 1° del mismo artículo, previamente afectados todos ellos con los costos y deducciones imputables a dichos ingresos".

"Cuando existan deducciones que por su naturaleza sean comunes a la totalidad de los ingresos, solo se podrán afectar los ingresos de que trata este artículo con el resultado que se obtenga de multiplicar el monto de las deducciones comunes por el porcentaje que representen los ingresos netos excluidos dentro de los ingresos netos totales del contribuyente".

"b) El de las participaciones de que trata el numeral 1° del artículo anterior".

El artículo sexto del mismo decreto dice:

"Para efectos de obtener la renta gravable se tomará como renta líquida la que resulte superior de comparar la renta líquida establecida por el sistema ordinario y de renta líquida establecida de conformidad con el artículo 4° de este decreto. A dicha renta líquida se le restará la renta exenta".

El inciso cuarto del artículo 16 de la Ley 9a. de 1983, tiene el siguiente tenor literal:

"Cuando la renta líquida de una sociedad limitada o asimilada se determine por el sistema de renta presuntiva, a la renta así determinada se agregará el valor de las participaciones o dividendos que fiscalmente le correspondan por el respectivo ejercicio gravable".

Conforme a las disposiciones demandadas transcritas, al tratar la anulación del ordinal 1° del artículo 3° del decreto reglamentario 353/84, la norma sustantiva artículo 17 de la Ley 9a./83, ordena que los dividendos provenientes de sociedades anónimas y asimiladas colombianas, debe restarse de los ingresos netos para la determinación de la renta presuntiva y dicho artículo 3° ordinal 1°, hace extensivo el beneficio a sociedades de cualquier naturaleza e incluye las participaciones no señaladas por la norma sustantiva.

Sin embargo, no es por ello pertinente anular el numeral tercero del artículo cuarto, porque debe siempre prevalecer lo dispuesto en la norma legal.

En cuanto al cargo de violación contra el artículo 6° ibídem, la Sala no encuentra la contradicción alegada del citado artículo con norma superior de derecho, por cuanto él se limita a disponer solamente que para el efecto de obtener la renta gravable, se debe tomar como renta líquida la que resulte mayor de comparar la renta determinada por el sistema ordinario y la que resulte de aplicar el sistema de renta presuntiva. No está por tanto comprobado el cargo y por ello se rechaza.

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

FALLA:

1o. Declárase la nulidad de las siguientes disposiciones contenidas en el Decreto 353 de 1984, así:

a) Del artículo 2° se anula del ordinal 2° la expresión "Patrimonial neto".

b) Del mismo artículo 2° ordinal 3° la expresión "patrimonial neto".

c) Del citado artículo 2°, ordinal 4°, que dice: "El valor patrimonial neto de los aportes poseídos por sociedades de cualquier naturaleza en sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas".

d) Del artículo 3° del mencionado decreto se anula el ordinal 1° que establece: "El valor de los dividendos y de las participaciones fiscales que correspondan a sociedades de cualquier naturaleza, en sociedades colombianas".

e) Del artículo 4°, ordinal 3° la expresión "los dos numerales anteriores".

f) Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiadada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

Nota de Relatoría: El salvamento de voto del Consejero Doctor Guillermo Chahín Lizcano, refiere su conocida posición sobre sustracción de materia.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia. Expediente No. 1301. Actor: Carlos Alfredo Ramírez Guerrero y otro.

El motivo que me hace apartarme del concepto de la mayoría en este caso, es el de que la Sección ha debido otorgarle la razón al Impugnante del Ministerio de Hacienda en cuanto solicitaba la producción de un fallo inhibitorio por ocurrencia del fenómeno de la sustracción de materia que ha sido tesis sostenida por la Sala Plena del Consejo de Estado en providencias como la que a continuación se inserta:

"El Consejo de Estado ha sostenido (decisiones de 27 de junio y 12 de agosto de 1946, y 14 de febrero de 1947) que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituído por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia. Pero en el evento de que se haya utilizado la acción de plena jurisdicción y en que el acto acusado hubiese causado perjuicios, la controversia debe fallarse para efectos de la reparación.

"Esta jurisprudencia tiene una explicación sencilla ; el contencioso popular de anulación persigue el imperio del orden jurídico abstractamente considerado y, de consiguiente, se desarrolla entre dos extremos: la regla violada y el acto violador. Los posibles intereses y derechos subjetivos que se interpongan entre esos dos factores no inciden en la definición de la lítis. De allí que si el objetivo concreto de la sentencia de nulidad no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo

de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional, en este evento, carecería de objeto". (Sentencia de II de julio de 1962, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta. Expediente No. 929. Anales del Consejo de Estado, pág. 232).

Tanta más razón existía en este caso cuanto que a la fecha del fallo habían desaparecido del mundo jurídico, tanto las normas reglamentarias acusadas como las normas legales reglamentadas que se predicaron violadas en la demanda.

De otra parte tampoco esta de acuerdo el suscrito Consejero en la forma como se decreta la nulidad de ciertas expresiones como "patrimonio neto" u oraciones un poco más amplias en cuanto a sú extensión gramatical, pero que no son proposiciones jurídicas, con autonomía normativa. Ello porque estima que en tratándose de acciones de nulidad el Juez administrativo carece de funciones para reformar la norma acusada; y a ésto último es a lo que conduce sin lugar a dudas la anulación de fragmentos de normas.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut-supra.

DEMANDA - Requisitos/ **PODER ESPECIAL/ PARTES** - Designación/ **DEMANDA** - Interpretación

La indebida representación de las partes es causal de nulidad del proceso, pero "tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total del poder para el respectivo proceso"; siendo éste defectuoso, lo procedente es ponerlo en conocimiento de la parte interesada para un eventual saneamiento. Sin desconocer la importancia de la designación de las partes, como requisito de la demanda, no hay lugar a tomarla como causal de inhibición, cuando a pesar de su incumplimiento formal en el libelo demandatorio, por notificación debidamente hecha al representante de la respectiva entidad gubernamental se traba la relación jurídico-procesal correctamente e interviene ésta en su defensa.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ EXENCION - Improcedencia/ **PERIODO GRAVABLE/ COSTO**

En materia del impuesto de industria y comercio, como en el de renta, se trata de un tributo de período. Es base de imposición el año calendario inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de declararlo. Si la ley determina que el beneficio fiscal tiene aplicación "por un término de 5 años a partir de enero 1o./84" es al período gravable a que se hace referencia y no a aquella que corresponda su vigencia. La posibilidad de aceptar costos de ventas sería viable en la búsqueda del "margen de ventas", a partir del ingreso bruto por venta menos costos directos, pero no puede pretenderse la aceptación de éstos cuando en todo o en parte se han computado ya los "márgenes de venta" que suponen el descuento de costos porque ellos representan la utilidad bruta. Resultaba inadmisible la solicitud de las "compras" dentro del

renglón de las "exenciones", mezclada con otra a la cual claramente tampoco tenía ningún derecho (Ejercicio fiscal de 1983).

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ *REFORMATIO IN PEJUS*

El artículo 70 del Acuerdo 21 de 1983 significa que ni la resolución que resuelve el recurso de reposición ni la que desate el de apelación, pueden incrementar la carga fiscal impuesta inicialmente al contribuyente en la liquidación que se impugna. En el caso sometido a consideración de esta Corporación ni la Resolución 911 ni la 197 de 1986, incrementaron los impuestos y sanciones determinados en el acto liquidatorio inicial, y si bien en ambas se hicieron enmiendas a éste, en ninguno de tales casos se transgredió el artículo 70 que era la norma aplicable (Ejercicio fiscal de 1983).

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia

Aun cuando en forma general la sanción sólo se configura cuando el contribuyente suministre en su declaración tributaria informaciones falsas, incompletas, equivocadas o desfiguradas y en general utilice maniobras fraudulentas tendientes a alterar la verdad real de los hechos de los cuales se derive un menor impuesto, también ésta se tipifica cuando aquél haya solicitado una de las exenciones que consagra el artículo 5° del mismo Acuerdo sin tener derecho a ella, como sucedió en este caso en que las dos partidas que conformaron el rubro de las "exenciones" eran claramente improcedentes (Ejercicio fiscal de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2828. Actor: CASA TORO S.A. - IMPUESTO INDUSTRIA Y COMERCIO. -FALLO-.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que contra la sentencia inhibitoria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 4 de octubre de 1989, interpuso el apoderado judicial de la sociedad CASA TORO S.A., quien había presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la operación por medio de la cual las autoridades de Impuestos Distritales, determinaron el impuesto de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al período gravable de 1983, vigencia 1984.

ANTECEDENTES

Previo Requerimiento Especial 621 del 20 de diciembre de 1985, la Dirección de Impuestos de Bogotá, practicó la Liquidación Oficial 52126 de febrero 26 de 1986. Incrementó el impuesto determinado en la liquidación privada presentada por la sociedad recurrente y le impuso sanción por inexactitud.

Interpuesto recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión oficial, por Resolución 911 de julio 29 de 1986, el Director de Impuestos de Bogotá resolvió el primero, aceptando parcialmente las pretensiones de la sociedad, y manteniendo el rechazo por algunos conceptos que se convirtieron en objeto del recurso de apelación.

En la sustentación de la apelación, la sociedad aceptó $61.461.651, mayor valor en el margen de ventas de automotores de fabricación nacional y $1.528.696., en la base gravable por ingresos generados en Bogotá.

Por Resolución 197 del 29 de diciembre de 1986, la Junta Distrital de Hacienda, revocó la Resolución 911 de julio del mismo año que modificó la liquidación oficial, pero a su vez en el Artículo 2° ordenó modificar ésta a través de una nueva liquidación del impeusto por el año gravable de 1983 que en ella se practicó.

Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la nulidad de la operación administrativa (sic) contenida en los actos proferidos por la Oficina Distrital, por medio de los cuales se determinó el mayor impuesto de Industria, Comercio y Avisos correspondiente al período gravable 1983.

Citó como disposiciones violadas los siguientes artículos del Acuerdo 21 de 1983: 5 numeral 11; 15 parágrafo 2°; 16 numerales 1° y 2°; 20; 42 parágrafo del 47 al 53; 70 parágrafos 72 y 73; y Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa del Artículo 267 del C.C.A.

El Tribunal Administrativo se inhibió para un pronunciamiento de mérito. Estimó el *a-quo* que la demanda no cumplía con los requisitos formales exigidos para calificarla en forma, como quiera que la capacidad de comparecer como parte no se acreditó. El poder conferido, dice, "para llevar a término la operación administrativa de liquidación del Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable de 1983, y otorga facultad para "iniciar cualesquiera acciones encaminadas a defender los intereses de la contribuyente", de donde le resulta claro que el escrito no se ajusta a los términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y que la facultad otorgada para iniciar acciones es genérica, por lo que no se encuadra, agrega, en lo dispuesto en el Artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, anota la sentencia, que en toda demanda deben designarse las partes y sus representantes y que en ninguna parte del libelo petitorio se expresa tal señalamiento.

DE LA APELACION

Por medio de su apoderado judicial la parte actora reclama se revoque la sentencia y en su lugar se declare la nulidad que invoca. Así mismo se revoquen "los rechazos proferidos y se confirme la liquidación privada de la sociedad en todo aquello que expresamente no haya confesado como su error".

Aduce el actor que el escrito de poder que acompañó a la demanda, satisface las formalidades que exige el Artículo 85 del C.C.A. y 65 del Código de Procedimiento Civil y agrega que, tratándose de capacidad procesal, este presupuesto se encuentra regulado como causal de nulidad en los Artículos 152 numeral 7 del C. de P. C., por lo cual si el juez encuentra una indebida representación, no debe dictar una sentencia inhibitoria, lo que tiene que hacer es previo trámite previsto en el artículo 157, declarar la nulidad porque de lo contrario se coarta la posibilidad de convalidar ésta.

Anota también, que cumplió el Artículo 137 del C.C.A. porque dentro del escrito de la demanda sí se identificó tanto a la contribuyente demandante SOCIEDAD CASA TORO S.A. como a las autoridades de Impuestos Distritales en calidad de entidad demandada.

PARTE OPOSITORA

La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, adhiere a lo resuelto por el Tribunal y en su defecto solicita se denieguen las súplicas de la demanda.

El poder otorgado por el Representante Legal de la firma CASA TORO S.A., dice, "es totalmente impreciso y no determina claramente el asunto que debe ser objeto de la acción ante la jurisdicción".

Tampoco en la demanda, agrega, se señala cual es el ente-territorial demandado o contra quien va dirigida la acción, por lo que se pretermitió el presupuesto procesal de la demanda en forma.

En cuanto a los hechos que dieron origen al mayor impuesto liquidado y a la sanción que por inexactitud se impuso, dice, la sociedad CASA TORO S.A. es sujeto pasivo del impuesto en cuestión y el reconocimiento de las deducciones, los descuentos y las devoluciones se efectuaron conforme a las normas reguladoras del tributo y a las pruebas aportadas en las distintas etapas del proceso.

La sanción por inexactitud, la considera procedente toda vez que la sociedad informó en su declaración tributaria datos incorrectos que originaban un menor impuesto.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de esta Corporación, Doctora Dolly Pedraza de Arenas, solicita se confirme la sentencia apelada, pero no por los defectos que encontró el Tribunal en el poder, puesto que éstos no pueden dar lugar a concluir la carencia absoluta de él y menos originar sentencia inhibitoria.

Considera el Ministerio Público que, la causal es la no designación en la demanda de la parte demandada y su representante, requisito consagrado en el Artículo 137 numeral 1° del C.C.A. como indispensable para la admisión de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1. *La demanda en forma*

La Corporación ha sido partidaria de que la demanda se interprete como un todo armónico y que por consiguiente, cuando de su contenido surja el cumplimiento de los requisitos formales, no es dable recurrir con exagerado procesalismo a eludir un pronunciamiento de mérito.

Los presupuestos procesales entendidos como los requisitos exigidos por la ley para regular la formación del proceso, así como las condiciones que la ley determina para configurar adecuadamente en su contenido una demanda, que se conocen como "demanda en forma", deben ser cumplidos por el actor para que el juzgador pueda proferir sentencia de mérito; su ausencia o incumplimiento pueden conducir a fallo inhibitorio si no hay modo de subsanar antes la irregularidad en que haya incurrido el demandante.

En este expediente son dos los problemas de origen formal que es necesario analizar: el del poder que motivó la inhibición del Tribunal y el de la falta de indicación de la parte demandada con base en la cual, la Fiscal pide que se confirme la inhibición.

a) *El Poder*. La Sala está de acuerdo con la crítica que formuló el Tribunal al memorial-poder presentado por el actor.

En efecto, el hecho de decir que el poder se otorga para que "inicie y lleve a término la operación administrativa de liquidación del impuesto" es desconocer totalmente que la actividad del Tribunal al cual se dirigió en ningún momento es de índole administrativa, sino eminentemente judicial. Es, igualmente, desconocer que ante la jurisdicción cabe el ejercicio de una acción, en este caso, la nulidad

con restablecimiento del derecho con relación a un acto administrativo de liquidación de impuestos, nunca la de culminar "la operación administrativa de liquidación de impuestos", término éste que por lo demás, corresponde a otra figura en el Decreto 01 de 1984.

En síntesis, el poder fue impreciso y no se ajustó a lo dispuesto en el Artículo 65 del C.P.C. como lo observó el *a-quo* y fue un error de éste haberlo aceptado.

Sin embargo, la Sala acoge la observación de la señora Fiscal, conforme a la cual "a diferencia de la legitimación en la causa que sí es un presupuesto material o sustancial de la litis cuya ausencia permite que no haya sentencia de fondo, la legitimación *ad procesum* es un presupuesto procesal que vicia de nulidad el procedimiento, pero que puede subsanarse por la parte afectada".

En efecto, según el Artículo 152 numeral 7° del C.P.C. la indebida representación de las partes es causal de nulidad del proceso, pero "tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total del poder para el respectivo proceso".

No cabía declarar la carencia total de poder en el presente negocio pues, siendo defectuoso, era procedente ponerlo en conocimiento de la parte interesada para su eventual saneamiento en tres días, como lo prescribía el Artículo 157 del C.P.C. y hoy el Artículo 145 del mismo Código.

En consecuencia y de acuerdo con su colaboradora Fiscal, la Sala considera que la sentencia inhibitoria por este aspecto debe revocarse.

b) *La designación de las partes.* Es cierto que la Sala ha sostenido la necesidad de cumplir en la demanda con el requisito de designar a las partes y a sus representantes, como lo exige el numeral 1° del Artículo 137 del C.C.A. por ser requisito indispensable para que pueda entrabarse debidamente la relación procesal.

En especial, debe indicarse la "parte" demandada a fin que pueda cumplirse el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído en juicio. No se trata de un requisito formalista, ha dicho varias veces la Sala, puesto que en él está comprometido el derecho de defensa, al cual no es ajena la administración pública desde cuando el Código Contencioso Administrativo le reconoció su condición de "parte", en principio, en igualdad de condiciones a la parte demandante.

Sin desconocer la importancia de este requisito de la demanda, la Sala ha aceptado que, no hay lugar a tomarla como causal de inhibición, cuando a pesar de su incumplimiento formal en el libelo demandatorio, por notificación debidamente hecha al representante de la respectiva entidad gubernamental se traba la relación jurídico-procesal correctamente e interviene ésta en su defensa.

Esto último sucedió en el caso que ocupa la atención de la Sala: la demadna fue defectuosa en este sentido; no obstante, el Ponente, en lugar de ordenar corregirla o inadmitirla (como en el caso resuelto en la providencia o invocado por la señora Fiscal. Expediente 2114 abril 7 de 1989, Ponente: Dra. Consuelo Sarria O.), lo que hizo fue admitirla y diligenciar debidamente la notificación del auto admisorio al Personero Distrital (fl. 67).

En tal virtud el Distrito se constituyó en parte, contestó oportunamente la demanda y propuso como excepción la ineptitud de la demanda, petición que repitió en el alegato de conclusión.

En consecuencia, planteada como excepción era necesario resolver al momento de dictar sentencia y para tal efecto, la Sala comparte la apreciación del Fiscal Sexto ante el Tribunal Doctor Afanador T. para quien "la declaración de ineptitud pedida no debe prosperar" en consideración a que la relación procesal se estableció en forma clara por notificación personal al representante judicial del Distrito Especial de Bogotá por medio de su personero.

En estas condiciones para la Sala no es procedente la inhibición propuesta por su distinguida colaboradora Fiscal, entrando a conocer el fondo del negocio en las siguientes consideraciones.

2. ***Resumen de la controversia sobre el fondo***

Previo requerimiento 621 del 20 de diciembre de 1985, para que la contribuyente explicara lo relacionado "con deducciones y/o exenciones que por valor de $1.275.133.841, relacionó en la declaración correspondiente al período gravable de 1983, la Administración Distrital practicó la Liquidación Oficial 52126 de febrero 26 de 1986.

Modificó las bases gravables denunciadas en la liquidación privada y pertinentes a las actividades números 207, 210 y 308; bases que depuró así:

ACTIVIDAD 207. BASE GRAVABLE MENSUAL...			$ 85.067.384
Compuesta por la denunciada.		919.044	
Mas la adicionada por el año 1983.		$ 84.148.340	
Del total de los ingresos brutos anuales denunciados por todo concepto, obtenidos dentro y fuera de Bogotá, por valor de $1.026.558.617. (renglón 21) no se tuvieron en cuenta para efectos del Art. 20 del Acuerdo 21 de 1983, los rendimientos realizados en el año, en lugares distintos de Bogotá por la suma de $238.659.696., porque "no se demostró con copias auténticas la declaración y pago del impuesto correspondiente a las actividades ejercidas en 1983, en Villavicencio y Neiva, ni se aportó la plena prueba del monto de los ingresos obtenidos en Facatativá, (ni la suma de $1.528.696. de los recibidos en Ibagué). Del descuento improcedente resulta un promedio mensual de...		$ 19.888.308	
Tampoco aceptó la dependencia oficial, la viabilidad de las exenciones y no sujeciones solicitadas por valor de $768.886.394. e integrada por valor de...	$590.591.063		
Ni la exención del 25% invocada con base en el Art. 5° No. 11 del citado Acuerdo 21, sobre los ingresos brutos por venta de automotores Renault nuevos y usados, originados y declarados en Bogotá por valor de $713.181.325. (25%)...	$178.295.331		
Promedio mensual sobre $768.886.394..		$ 64.073.865	$ 83.962.173
La exención, por cuanto no se presentaron los medios de prueba que acreditaran plenamente el monto de los ingresos en venta de automotres de fabricación nacional obtenidos en jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá) y el costo de las compras (590.591.063) por cuanto no comprobó que éste correspondiera efectivamente al costo directo imputable a las ventas de automotores adquiridos de SOFASA realizadas en Bogotá en 1983 y por las mismas razones de falta de prueba, rechazó la deducción por concepto de devoluciones habidas en la actividad 207, por la suma de $2.234.000. promedio mensual...			186.167
TOTAL BASE ADICIONADA ACTIVIDAD 207...			$ 84.148.340
ACTIVIDAD 210. BASE GRAVABLE MENSUAL...			$ 32.011.328
La declarada en el año por la contribuyente.		$ 23.336.784	

La adicionada por la Administración Distrital.		8.674.544	
De los ingresos brutos anuales por todo concepto, obtenidos tanto dentro como fuera de Bogotá, por valor de $539.513.221. y declarados en el renglón No. 24 del formulario 1983, no se admitieron para efectos del Art. 20 del citado Acuerdo 21 de 1983, los percibidos por fuera de Bogotá. Esto es de la afectación solicitada por la sociedad por valor de $256.477.744. sólo fue procedente la suma de $155.377.284., de donde resulta rechazada una partida de $101.100.456. anual para un promedio mensual de...	$ 8.425.038		
Y el cual tuvo su origen en la ausencia de las pruebas a las que se alude para la actividad distinguida con el Código 207, argumento que también sirvió de fundamento para el rechazo de las deducciones por concepto de devoluciones por valor de $2.117.293. Promedio mensual...	176.441		
Y por venta de activos fijos relacionada por $876.780. Promedio mensual...	73.065		
Promedio Adicionados...	$ 8.674.544		
ACTIVIDAD 308. La BASE GRAVABLE MENSUAL que por este Código determinó la dependencia gubernamental ascendió a...			$ 182.441
Compuesta así: La declarada en el renglón 34 del denuncio fiscal por...		$ 171.477	
y la adicionada en 1983...		10.994	
La suma total de ingresos obtenidos por todo concepto dentro y fuera de Bogotá por valor de $2.189.291. no fue afectada con la suma de $131.928 por concepto de ingresos percibidos por fuera de Bogotá, esto es en Facatativá como lo solicitó la contribuyente, porque no aportó los documentos que requiere el varias veces citado Art. 20 de 1983, actuación que derivó una adiciona la base mensual denunciada por...	$ 10.994		
Y por último la dependencia oficial impuso la sanción por inexactitud prevista en el Art. 53 del Acuerdo 21.			
Con motivo del recurso de reposición, interpuesto contra la liquidación oficial, la Dirección de Impuestos Distritales por Resolución 911 de julio 29 de 1986, modificó las bases gravables y consecuencialmente los tributos y la sanción por inexactitud determinados inicialmente.			

Las bases gravables quedaron así:			
ACTIVIDAD 207. La gravada inicialmente, promedio mensual...			$ 85.067.384
Menos: - Exención del 25% sobre $713.181.325. anual...		$178.295.331	
Para un promedio mensual de...	$ 14.857.944		
- Devoluciones por $2.234.000. promedio mensual...		186.167	15.044.111
BASE GRAVABLE...			$ 70.023.273
Esto es, mantuvo la adición respecto a las ventas realizadas para fuera de Bogotá, y el costo de las compras de vehículos.			
ACTIVIDAD 210. Promedio mensual gravado inicialmente...			$ 32.011.328
Menos: - Ingresos financieros obtenidos en Ibagué por...		$ 17.388.180	
Promedio mensual..		$ 1.449.015	
- Devoluciones $2.117.293. promedio mensual...		176.441	
- Venta de activos fijos $876.780. promedio mensual...		73.065	$ 1.698.521
BASE GRAVABLE...			$ 30.312.807
ACTIVIDAD 308. Confirmó la base gravable determinada en relación con la actividad distiguida con el número 308. Esto es, la suma de...			$ 182.441
Y mantuvo la sanción por inexactitud impuesta.			
En apelación interpuesta subsidiariamente la Junta Distrital de Hacienda, por Resolución 197 de diciembre de 1986, revocó en todas sus partes la Resolución 911 sometida a su consideración y practicó una nueva liquidación del tributo y sanción a cargo de la sociedad, en los siguientes términos y por razones que sintetiza esta Sala así:			
La sociedad recurrente en liquidación privada que presentó para apelar de la decisión conferida en la Resolución 911, acepta se adicione a la base gravable determinada en la liquidación privada según declaración de Industria y Comercio radicada con el No. 101481 de 1984 las siguientes partidas:			

- Mayor valor del margen por ventas de automotores efectuadas en Bogotá, año 1983...		$ 61.461.651	
- Mayor valor de la base gravable por ventas de automores efectuadas en Ibagué, no declaradas y descontadas de la declaración de Bogotá...		$ 1.528.696	
Total a adicionar a la base gravable anual Código de actividad 207 venta de automotores...		$ 62.990.347	

CODIGO ACTIVIDAD	BASE GRAVABLE MENSUAL	BASE GRAVABLE ANUAL	TARIFA	IMPUESTO
207	$5.249.196	$62.990.347	9%	$566.913

IMPUESTO A CARGO DE LA CONTRIBUYENTE:			
Industria y Comercio...		$ 566.913	
Aviso...		85.037	
Parágrafo Transitorio...		62.990	
Sanción por Inexactitud...		1.133.826	
TOTAL IMPUESTO A CARGO Y SANCION...		$ 1.848.766	
Con base en las pruebas allegadas al expediente a las que confiere carácter de plena prueba y con fundamento en los artículos 5, 8, 9, 15, 16, 24, 41, 42. 46, 47, 53, 72, 73 y 74 del Acuerdo 21 correspondiente a la actividad 308, ésto es, la suma de $182.441. establecida en la liquidación oficial recurrida y ratificada por la Resolución 911 sometida a revisión.			

En cuanto a la actividad 207, aceptó disminuir de la base impositiva las ventas obtenidas en: Facatativá, Armero y Bucaramanga por valor de $246.899.073. suscritas y certificadas por el Revisor Fiscal de la sociedad. Gravó la suma de $6.985.110,80 mensuales que consideró no comprobada, partida ésta que determinó restando a las ventas para fuera de Bogotá virtualmente no reconocida en el acta de requerimiento por valor de $330.720.402.; la suma comprobada, vale decir $246.899.073. suma ésta que a su vez se integra así:			
Facatativá...		$234.095.928	
Armero...		6.732.702	
Bucaramanga...		6.070.443	
TOTALES...		$246.899.073	
Desestimó la exención del 25% solicitada sobre la suma de $713.181.325. ésto es, la suma de $178.295.331. aceptada en la Resolución 911 como quiera que el Artículo 5° numeral 11 del Acuerdo 21, estable a que el beneficio es procedente "por un término de cinco años a partir del 1° de enero de 1984", o sea, para el año gravable de 1984, vigencia 1985 en adelante y no para el período gravable 1983; tampoco aceptó, por no encontrar probadas las compras de los vehículos por $590.591.063. y las devoluciones solicitadas por $2.234.000.			
Respecto a la actividad 210 sobre la que la contribuyente declaró una base gravable mensual de $23.336.784., la dependencia oficial rechazó las devoluciones no comprobadas por $2.117.293. promedio mensual de $176.441.08 y la venta de activos fijos no demostrada por $876.780. promedio mensual de $73.065.17.			
Con base en lo antes anotado, practicó la Junta de Hacienda una nueva liquidación de impuestos que modificó la sometida a su consideración, en los siguientes términos:			
ACTIVIDAD 207.			
Promedio declarado por CASA TORO S.A...			$ 919.044
Ventas por fuera del D.E. no comprobadas...			6.985.110

Promedio mensual total...			$ 7.904.154
Más: Exención 25% desestimada...		$ 64.073.886	
Devoluciones no comprobadas...		186.166	64.260.052
TOTAL BASE GRAVABLE MENSUAL			$ 72.164.206
ACTIVIDAD 210.			
Promedio declarado...			$ 23.336.784
Más: Devoluciones no comprobadas...		$ 176.441	
Venta activos fijos no demostrada		73.065	249.506
TOTAL BASE GRAVABLE MENSUAL...			$ 23.586.290
ACTIVIDAD 308.			
Confirmó la base gravable determinada en la liquidació oficial de...			$ 182.441
Agotada la vía gubernativa demandó la actora ante la jurisdicción "anular la operación administrativa acusada, revocar los rechazos proferidos y confirmar la liquidación privada de la sociedad en todo aquello que expresamente no haya confesado como su error y liquidar el mayor impuesto a cargo ajustado a la ley".			
Estima la sociedad que la dependencia distrital, desconoció aspectos formales de la operación administrativa y puntos sustanciales de la misma:			
A. ASPECTOS FORMALES			
Los artículos 42 y 47 del Acuerdo 21 de 1983, dice en síntesis, restablecen el primero, que el requerimiento previo a la liquidación oficial que puede efectuar la Dirección de Impuestos Distritales, por una sola vez, debe "indicar los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta" y el segundo, en su parágrafo prescribe que: "la liquidación oficial no podrá modificar aspectos de la liquidación privada que no hayan sido incluidos en un requerimiento o en cuestionario de visita, salvo en casos de error aritmético o de liquidación del contribuyente.			

B. PUNTOS SUSTANCIALES			
1. DEDUCCION POR INGRESOS GENERADOS EN CIUDADES DISTRINTAS DE BOGOTA. Por los siguientes conceptos:			
ACTIVIDAD 207. Venta de automotores...			$244.409.700
ACTIVIDAD 210. Otras actividades comerciales...			256.477.744
ACTIVIDAD 308. Otras actividades de servicio...			131.928
a) Ingresos por venta de automotores fuera de Bogotá. Alega la sociedad reclamante que desde la respuesta al requerimiento relacionó las ventas de vehículo por fuera de Bogotá, Código 207, por valor de $244.409.700. suma discriminada así:			
Facatativá...			$233.964.000
Ibagué...			7.278.700
Villavicencio...			1.502.000
Neiva...			1.665.000
Que de esta suma la liquidación oficial aceptó las correspondientes a las ventas efectuadas en las ciudades de Villavicencio e Ibagué, pero que al reponer la determinación oficial; la Resolución 911 de 1986 que resolvió el recurso además de mantener el rechazo respecto de las ventas realizadas en las otras ciudades, desestimó las de Villavicencio ya aceptadas, "con lo cual transgredió el principio de la 'NO REFORMATIO IN PEJUS' (sic) consagrado en la segunda parte del Artículo 70 del Acuerdo 21 de 1983. Esto es, desmejoró la situación de la contribuyente establecida en la liquidación oficial. Posteriormente al resolverse la apelación la Resolución 197 adiciona a la base gravable de la actividad 207, "las ventas no solo de los vehículos sino también las de otras actividades comerciales y de servicios que no encontró acreditadas, por lo que empeora la inicial situación de la sociedad.			

b) Otros ingresos obtenidos fuera de Bogotá. Insiste la sociedad que al responder el requerimiento, probó los ingresos obtenidos por fuera de Bogotá, discriminados así:			
Ibagué...	$ 172.765.459		
Villavicencio...	19.917.455		
Bucaramanga...	6.070.443		
Neiva...	14.983.736		
Armero...	7.512.651		
Puerto López...	35.228.000	$256.477.744	
Alega la reclamante que la Administración aceptó en la liquidación oficial las ventas de Ibagué por $155.377.285. y $258.994., correspondientes a los ingresos de actividades en la ciudad de Bucaramanga, quedando registrado un rechazo de $110.841.465.			
Argumenta así: "El recurso de reposición fue resuelto en este aspecto por la Resolución 911 de 1986, ...de manera desfavorable y la Junta de Hacienda en grado de apelación, se repite, desestimó las deducciones y las adicionó a la base gravable de la actividad 207, trayendo como consecuencia un perjuicio no justificado por la transgresión de la relación de causalidad de las deducciones...".			
c) Otras actividades de servicio. Como en los casos antes vistos, anota la sociedad que relacionó los ingresos obtenidos en Facatativá por $131.928. No obstante dice "la explicación al respecto no fue aceptada y sobre ella se calculó el mayor impuesto de la liquidación oficial y en los recursos interpuestos se confirmó el rechazo: el de reposición adicionando el mayor valor a la base gravable de la actividad 207 y el de apelación, nuevamente transgrediendo la NO REFORMATIO IN PEJUS (sic), fijándole en $182.441. sobre el cual se liquidó el mayor impuesto determinado".			
2. EXENCIONES POR...		$768.886.394	
a) 25% sobre $713.181.325...	$178.295.331		
b) Compra de vehículos...	590.591.063		

Con fundamento en el Artículo 5° del Acuerdo 21 de 1983, afirma la reclamante que tiene derecho al beneficio de la exención del 25% que sobre la suma de $713.181.325. solicitó. Primero porque oportunamente aportó las pruebas para su viabilidad como lo admitió la Resolució 911 de 1986, que resolvió el recurso de reposición y segundo, porque el beneficio al contrario de lo que sostiene la Resolución que dirimió la apelación (197) si tiene operancia a partir de 1983 y no de 1984 como en ella se sostiene. Su desestimación es violatoria además del Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil anota.			
En cuanto al costo de los vehículos que por $590.591.063. solicitó en su denuncio fiscal, insiste en su procedencia, de conformidad con el parágrafo 2° del Artículo 15 del mencionado Acuerdo 21. No comprende las razones de su rechazo por que específicamente la Resolución 197 de la Junta de Hacienda no ofrece motivación alguna al respecto.			
3. DEDUCCIONES POR...			$ 5.228.075
Argumenta la actora, que éstas fueron solicitadas en la declaración y demostradas en la contestación al requerimiento previo a la liquidación oficial y demás oportunidades gubernativas, razón por la cual considera la actuación violatoria del Artículo 16 numerales 1 y 2 del Acuerdo 21, además, de los Artículos 72 y 73 del mismo estatuto local por negarle el mérito y eficacia probatoria a los elementos aportados durante la discusión del tributo.			
4. SANCION POR INEXACTITUD			
Por último, no está de acuerdo la reclamante con la sanción que por inexactitud se le impuso, como quiera que en el caso no se dan los elementos que la tipifican, de acuerdo al Artículo 53 del varias veces citado Acuerdo 21.			
Acepta sí la que se originó como consecuencia de la adición a la base gravable determinada por el ejercicio de la actividad de venta de automotores nuevos en Bogotá y que se impuso en la liquidación privada que la misma contribuyente presentó para apelar.			
Citó como disposiciones violadas los Artículos: 42, 47, 2, 0, 73, 72, 70 numeral 11, Artículos 5, 15, 16 y 53 del Acuerdo 21 de 1983 y 357 del Código de Procedimiento Civil.			

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Teniendo en cuenta el orden en que se han planteado los puntos de controversia los entra a dirimir la Sala, así:

A. ***Aspectos formales***

El argumento aquí consignado de que no se le expusieron los motivos de rechazo en el requerimiento y en la liquidación, nunca se planteó ante las Oficinas del Distrito, como causal de nulidad de su actuación, ni siquiera como obstáculo para entrar a debatir los aspectos modificados en las distintas etapas del procedimiento de determinación del gravámen en todas las cuales la empresa intervino, ejerciendo su derecho de defensa.

En el caso que se ventila lo que se ha impugnado es el rechazo de algunas partidas que la sociedad solicitó como deducciones, exenciones, etc. a las cuales se refirió al contestar el requerimiento previo a la liquidación oficial así como al interponer los recursos contra ésta, luego, se dio por suficientemente enterado de su contenido como lo compureban los argumentos esgrimidos y las pruebas aportadas en cada una de las etapas del proceso.

B. ***Puntos sustanciales***

Se concreta la inconformidad del memorialista en los siguientes hechos:

Rechazo de:

1. DEDUCCION POR VENTA FUERA DE BOGOTA	$244.409.700
2. LA EXENCION SOLICITADA POR	768.886.394
3. DEDUCCION POR DEVOLUCIONES Y VENTA DE ACTIVOS FIJOS	5.228.075
4. SANCION POR INEXACTITUD	

De acuerdo con el recuento de los hechos, los argumentos consignados por el actor y las pruebas anexas al informativo la Sala considera:

1. ***Deducción por ingresos obtenidos por fuera de Bogotá***

"El contribuyente que perciba ingresos por actividades comerciales o de servicios realizados en lugares distintos de Bogotá, podrá descontar de la base gravable los ingresos obtendios en esos municipios". Esta disposición contenida en el Artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, también exige para el efecto que se compruebe con copia auténtica que se declaró y pagó el impuesto de Industria, Comercio y Avisos, en donde se asegure haber realizado la actividad gravable.

Como bien se explicó en la pormenorización de los hechos, la contribuyente relacionó en la declaración privada presentada por ella, ingresos por fuera de Bogotá por valor de $501.019.372 que distribuyó entre las distintas actividades denunciadas así:

ACTIVIDAD	207	$244.409.700	
	210	256.477.744	
	308	131.928	$501.019.372

Posteriormente en la Resolución 911 y por último en la Resolución 197 ambas de 1986, las Oficinas Tributarias dicen aceptar en ellas por comprobados los ingresos obtenidos en la ciudad de Facatativá.

Por la ACTIVIDAD 207	$233.964.000	
Por la ACTIVIDAD 308	131.928	
Y por la venta de repuestos y maquinaria agrícola en Armero y Bucaramanga ACTIVIDAD 210	12.803.145	
TOTAL ACEPTADO		$246.899.073

Pero en la liquidación que en esta última se practicó, el total de lo aceptado por ingresos obtenidos por fuera de Bogotá se disminuyó de la actividad 207.

En contra de la explicación dada por la Oficina Gubernamental que ya se transcribió, que soporta la aceptación de la partida de $246.899.073., el demandante culmina su larga y confusa exposición en que al adicionar la base gravable de la actividad 207 rompió arbitrariamente el principio de la relación de causalidad sobre el cual se orienta la contabilidad y el derecho tributario general así como el de "la no *reformatio in pejus*" (sic).

Lo que queda en claro es que no está acreditada con nuevas o mejores pruebas o con un análisis ordenado de las que existen en el expediente administrativo, que la indicada cifra aceptada por la Administración deba ser mayor. El hecho de que haya concedido en la actividad 207 (con mayor tarifa) los descuentos que correspondían a las otras dos actividades, que tienen una tarifa menor, lo que indica es que en lugar de perjudicar, favorecieron a la reclamante.

Por otra parte, no se sustenta ni explica cuál es el fundamento legal del "principio de causalidad" que se dice infringido; es deber del demandante señalar las normas legales violadas y el respectivo concepto. La simple enunciación de "principios" (supuestos o ciertos) no es suficiente para la labor de control de legalidad que ejerce el juez en esta jurisdicción. Más adelante se explicará porqué tampoco es aceptable la transgresión del principio de la "no *reformatio in pejus*" (sic).

La minuciosa revisión que se realizó de este aspecto con los planteamientos del actor no arrojan la suficiente claridad como para aceptarlos.

2. ***Exenciones***

Por	$768.886.394
a) 25% sobre $713.181.325	$178.295.331

Es claro para la Sala que de conformidad con el numeral 11 del Artículo 5° del Acuerdo 21 de 1983, la actividad comercial de venta de automotores de fabricación nacional, goza del beneficio de la exención del impuesto de Industria, Comercio y Avisos, en un 25% de su ingreso anual por este concepto; pero también lo es, que el tratamiento preferencial sólo es viable por un lapso de cinco años, computados a partir del 1o. de enero de 1984, como la misma disposición lo establece en forma absolutamente clara que no admite interpretación. Esto es, como lo sostuvo la Agencia Gubernamental, que empieza a regir para el período gravable 1984 y no para el correspondiente a 1983, como pretende la empresa.

En materia del impuesto que se cuestiona, como en el de renta y complementarios, se trata de un tributo de período. Es base de imposición el año calendario inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de declararlo. De suerte que si la ley determina que el beneficio fiscal tiene aplicación "por un término de cinco años a partir del 1o. de enero de 1984" es al período gravable a que hace referencia y no a aquel a que corresponde su vigencia.

El Artículo 81 del mismo estatuto, define lo que por período gravable debe entenderse y para el efecto dice: "Por período gravable se entiende el tiempo dentro del cual se causa la obligación tributaria y corresponde al año calendario inmediatamente anterior a aquel en que debe presentarse la declaración". De manera tal que sin lugar a dudas puede afirmarse se trata no de un impuesto corrido, sino de vigencia expirada. El Artículo 15 del Decreto local a que alude el demandante se refiere solamente a la base gravable con el impuesto, en tanto que el 81 regula la materia específica del período imponible. Consecuencialmente su solicitud era de claramente contraria a la ley y por tanto es inadmisible.

b) costo por compra de vehículos por valor de...	$590.591.063

"La base gravable de los concesionarios de automotores está constituida por la suma de los márgenes de sus ventas de automotores, mas sus ingresos brutos por otros conceptos", parágrafo 2°, Artículo 15, Acuerdo 21 de 1983.

Significa la anterior disposición, que en este caso especial, el ingreso bruto de éste comerciante intermediario, está constituido por la remuneración que obtiene para sí, en desarrollo del contrato de agencia comercial con o sin representación y no por el ingreso total.

En la presentación, discusión y análisis de este tema, como puede apreciarse por los apartes que se consignaron en resumen en esta providencia, se trató de mezclar indebidamente varios conceptos. En primer lugar la Sala precisa que el Acuerdo 21 de 1983 al referirse en el parágrafo 2° del Artículo 15 a la base gravable de los concesionarios de automotores, se aparta de la norma general que siente la iniciación del artículo, consistente en que la base gravable está constituida por "el promedio mensual de los INGRESOS BRUTOS", para establecer luego en forma especial para los concesionarios como base gravable, la suma de los MARGENES DE SUS VENTAS de automotores. El sentido de esta disposición es el de tomar como ingreso propio del concesionario, no el valor total de venta del vehículo, sino el margen de utilidad bruta que viene a equivaler a la comisión en el contrato típico de agencia comercial ya que el de concesión es un contrato atípico en nuestra legislación comercial.

La compañía demandante no fue consistente en el manejo de este concepto ni dio claramente pruebas o medios de establecer los "márgenes de sus ventas". Al adicionar con motivo del recurso de apelación contra la Resolución 911 aceptó un mayor valor de sus márgenes en cuantía de $61.461.651., lo que implica que estaba determinando la base gravable mediante el denuncio de éstos y no de los precios de venta de los vehículos; no obstante, pretende en esta ocasión que se le disminuya con el total de las compras ($590.591.063), ni siquiera con los costos de las ventas que ella misma estableció en cuantía inferior al tener en cuenta el juego de inventarios ($565.019.020 fl. 32).

La posibilidad de aceptar costos de ventas sería viable en la búsqueda del "margen de ventas" a partir del ingreso bruto por venta menos costos directos, pero no puede pretenderse la aceptación de éstos cuando en todo o parte se han computado ya los "márgenes de venta" que suponen el descuento de costos porque ellos representan la utilidad bruta.

Y, por otra parte, desde todo punto de vista resultaba inadmisible la solicitud de las "compras" dentro del renglón de las "exenciones", mezclada con otra a la cual claramente tampoco tenía ningún derecho.

3. ***Deducciones***

Por $5.228.075

Compuesta así:

ACTIVIDAD	207	$2.234.000
	210	2.117.293
Subtotal		4.351.293
Venta Activos Fijos ACTIVIDAD	210	876.780

Como ya se anotó, este valor fue desestimado en la liquidación oficial, aceptado en la Resolución 911 de 1986 y nuevamente rechazado en la Resolución 197 que agotó la vía gubernativa, por considerar el fallador no demostrado ni comprobado el hecho. El actor se limita a decir que la "Administración viola el Artículo 16 del Acuerdo 21, numerales 1 y 2 con base en los cuales el contribuyente legítimamente facultado hizo invocación de las deducciones, así como del Artículo 73 y el parágrafo del Artículo 72 del mismo Acuerdo por negarle el mérito y la eficacia probatoria a los elementos aportados durante la discusión del impuesto".

Peca aquí el demandante de falta de explicación pues si bien es cierto el derecho a seis clases de deducciones que contempla el Artículo 16 invocado y el valor probatorio de las certificaciones de los Contadores Públicos (Artículo 73) no hay claridad, ni especificación, ni motivación alguna a cuales deducciones y a cuales elementos probatorios (de tantos que hay en el voluminoso expediente), se refiere. En tales condiciones no es posible entrar a examinar el cargo.

3. ***"Reformatio in pejus"***

Estima también el accionante que la Administración Distrital transgredió la segunda parte del Artículo 70 del Acuerdo 21 de 1983 porque al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la liquidación oficial, rechazó los ingresos obtenidos en Villavicencio que ya se habían aceptado en aquella y que más aún, al desatar la apelación adicionó a la actividad 207 ingresos que correspondían a otras actividades, resultando un aumento de la base gravable que tiene tarifa ipositiva más alta.

La *REFORMATIO IN PEJUS*, principio del derecho procesal consagrado en el Artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en desarrollo del Artículo 26 de la Constitución Nacional y que consiste en la limitación de la competencia del superior en la revisión de la providencia apelada para no hacer más gravosa la situación del apelante, es principio que gobierna al procedimiento civil y al contencioso administrativo (2a. parte del C.C.A.) en la medida en que sea compatible con este proceso.

Pero por la vía del Artículo 267 del C.C.A. no resulta aplicable a los procedimientos gubernativos, puesto que éstos se rigen por principios distintos que no contemplan el alegado por el actor (Decreto 01 de 1984, Artículo 3°) y menos cuando las normas especiales lo niegan expresamente.

Tal es lo que sucede en el Estatuto Distrital del Impuesto de Industria y Comercio cuyo Artículo 70 del Acuerdo 21 de 1983 dispone:

"La Administración en las providencias que resuelvan los recursos no podrá desmejorar la situación del contribuyente establecida en la liquidación oficial o de aforo".

Lo que significa que ni la resolución que resuelve el recurso de reposición ni la que desate el de apelación pueden incrementar la carga fiscal impuesta inicialmente al contribuyente en la liquidación que se impugna. En el caso sometido a consideración de esta Corporación, ni la Resolución 911, ni la 197 de 1986 incrementaron los impuestos y sanciones determinados en el acto liquidatorio inicial, y si bien en ambas se hicieron enmiendas a éste, en ninguno de tales casos se transgredió el Artículo 70 transcrito que era la norma aplicable y no la invocada por el demandante.

4. ***Sanción por inexactitud***

Dispone el Artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983:

"Cuando se establezca que las bases declaradas por el contribuyente contiene datos incorrectos, incompletos o inexistentes y ello dé lugar a la liquidación de un impuesto menor del que debe pagar, se impondrá una sanción equivalente a dos (2) veces el impuesto anual atribuible a la inexactitud.

PARAGRAFO. Los sujetos pasivos que se beneficien por las exenciones de que trata el Artículo 5° del presente Acuerdo deberán demostrar, en caso de investigación, que cumplen con las condiciones previstas en dicho artículo. En caso de no demostrarse satisfactoriamente dicha circunstancia se impondrá sanción por inexactitud".

Del Artículo antes transcrito se desprende que aún cuando en forma general la sanción sólo se configura cuando el contribuyente suministre en su declaración tributaria informaciones, falsas, incompletas, equivocadas o desfiguradas y en general utilice maniobras fraudulentas tendientes a alterar la verdad real de los hechos de los cuales se derive un menor impuesto, también ésta se tipifica cuando aquel haya solicitado una de las exenciones que consagra el Artículo 5° del mismo Acuerdo sin tener derecho a ella, como sucedió en este caso en que las dos partidas que conformaron el rubro de las "exenciones" eran claramente improcedentes.

En tales condiciones mal puede haber modificación de este aspecto de la actuación oficial.

En conclusión, la actuación administrativa que culminó con la liquidación contenida en la Resolución 197 de 1986 (diciembre 29) expedida por la Junta Distrital de Hacienda no es modificable.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de octubre de 1989.

2. No prospera la excepción de ineptitud de la demanda.

3. No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Provisión/ **PASIVO CONTABLE/ PASIVO FISCAL**

Los conceptos de pasivo contable y pasivo fiscal son diferentes. Aquél puede y debe registrar posibles obligaciones futuras o también obligaciones contingentes. En cambio, fiscalmente sólo se reconocen "las deudas" o sea las obligaciones ciertas y causadas. Es cierto, que los contribuyentes que llevan libros de contabilidad deben calcular una provisión para el pago del impuesto de renta porque afecta las utilidades del mismo año. Pero para efectos fiscales esta provisión no tiene tratamiento de pasivo, pues con este carácter sólo son aceptables las deudas por obligaciones ya determinadas en liquidación privada u oficiales, cuyo plazo para pago venció antes del 31 de diciembre (Ejercicio fiscal de 1981).

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ CREDITO A FAVOR - Procedencia/ **PRUEBA CONTABLE**

Demostrado está que la sociedad lleva contabilidad en debida forma como la misma administración lo admitió y que el crédito en discusión se encuentra contabilizado y registrado dentro de los activos de la empresa, como lo ratifican las pruebas aportadas, de donde infiere la Sala se encuentra suficientemente probado que el valor adicionado ya estaba incorporado dentro del patrimonio bruto declarado a 31 de diciembre por la empresa, motivo por el cual es precedente su disminución del incremento de activos determinado por la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2371. Actor: PROVINCIA PETROLEUM COMPANY. IMPUESTO RENTA. -FALLO-.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de septiembre de 1988, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda de restablecimiento del derecho, formulada por la sociedad PROVINCIA PETROLEUM COMPANY, con relación al impuesto sobre la renta a su cargo, correspondiente al período gravable de 1981.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial la administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, practicó la liquidación de Revisión 0026 de julio 11 de 1984. Determinó la renta por el sistema excepcional de comparación patrimonial porque la sociedad no justificó el incremento del activo habido entre el año declarado y el inmediatamente anterior. La diferencia la originó, dijo el funcionario Auditor, el crédito que inicialmente se declaró como pasivo por $7.030.471. y el rechazo de la provisión para el pago del impuesto sobre la renta por la suma de $4.739.905. que también incluyó dentro de sus obligaciones la declarante.

Interpuesto el recurso de reconsideración, la Administración confirmó en todas sus partes la liquidación oficial. Mantuvo la adición al patrimonio bruto del crédito de EXXON INTERNATIONAL por valor de $7.030.471. y la disminución del pasivo solicitado por igual valor, porque dentro del rubro correspondiente a "Deudores Comerciales" declarado en el renglón número 4 del formulario oficial, no apareció relacionado dentro de la partida de $132.567.182. el crédito en cuestión y porque el error que dijo la sociedad cometió en las cintas magnéticas y que produjo una disminución en el pasivo por igual valor, no se encontró.

Ante la jurisdicción la reclamante insiste en sus pedimentos. El error en la codificación magnética del valor citado, dice, no tuvo consecuencia alguna en los datos incluidos en la declaración de renta, toda vez que el crédito activo constituido por "Notas de Exxon International" se incluyó correctamente en el patrimonio bruto de la sociedad declarado a 31 de diciembre de 1981.

Tan cierto es, agrega, que el valor de $7.030.471. fue correctamente declarado como activo y no como un pasivo, que en el anexo número 3 de la declaración de la sociedad, se detallan los valores que componen la cifra de $132.567.182. reportada en el renglón número 29 y entre dichas partidas está la cifra de $10.229.065. rubro denominado "Préstamos a Compañías Afiliadas", cifra que a su vez se descompone en la cantidad de $3.198.594. préstamo a INTERCOR y la de $7.030.471. materia de cuestionamiento.

Como respaldo de sus afirmaciones adjunta certificado del Revisor Fiscal de la compañía en la cual consta en detalle el valor del renglón 4 del formulario "Deudores Comerciales" y copia del anexo número 3 de la declaración de renta.

Con fundamento en el Decreto 2160 de 1986, en el concepto No. IN-08221 de mayo 15 de 1981 de la Superintendencia de Sociedades y cita del tratadista Alejandro Ramírez, igualmente insiste en su pretensión de que se le acepte el pasivo que por concepto de provisión para impuesto de renta relacionó en su denuncio rentístico.

Citó como disposiciones violadas los Artículos 74 y 106 del Decreto 2053 de 1974.

El Tribunal Administrativo negó las súplicas de la demanda. No considera suficientes las pruebas aportadas para desvirtuar las modificaciones efectuadas por la Administración, al patrimonio de la actora; como quiera que el certificado del Revisor Fiscal no indica cómo estuvo contabilizada la partida de $132.567.182., ni en qué libros se encuentra registrada, ni con base en qué soportes externos se registró, todo lo cual dice, sería necesario para que el citado certificado diera certeza acerca de las sumas que integran la partida en cita y concretamente la de $10.229.065., en la cual se encuentra incluido el crédito de EXXON INTERNATIONAL por valor de $7.030.471., según afirma la demandante.

En cuanto a la partida de $4.739.905. que corresponde a una provisión para el pago de impuesto de renta, no lo admite como pasivo real a 31 de diciembre de 1981, porque en éste no hubo utilidades, y sí correspondía, a pérdidas de vigencias anteriores "es una provisión que se cargó según el informe del Revisor Fiscal en 1983, para cancelar una deuda con imporrenta correspondiente a vigencias anteriores.

DE LA APELACION

La reclamente insiste sobre los argumentos de la demanda y reitera que se declare en firme su liquidación privada por encontrarse ajustada a derecho. La declaración, dice, reflejó el movimiento contable del período y en ningún momento disminuyó el monto total de los activos ni aumentó los pasivos para efectos de la liquidación del impuesto de renta correspondiente.

En conjunto las pruebas que aportó, agrega, permiten concluir que la sociedad no incurrió en omisión alguna y en consecuencia no hay lugar a que se le determine la renta por comparación patrimonial.

PARTE OPOSITORA

La delegada del Director de Impuestos Nacionales, del Ministerio de Hacienda adhiere a lo resuelto por el Tribunal, y pide se mantenga su decisión.

Las aseveraciones y pruebas contables aportadas por la reclamente las califica de ineficaces para desvirtuar el sistema que la sociedad ataca.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexta de la Corporación, Doctora Dolly Pedraza de Arenas, en su concepto de fondo solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se proceda a aceptar el activo que se probó ya había sido declarado por la sociedad.

Al contrario de lo que opina el Tribunal, el Ministerio Público estima que la certificación expedida por el Revisor Fiscal y el acta de inspección general a los libros de contabilidad de la empresa, son pruebas eficaces para aceptar que dentro del patrimonio bruto declarado por la reclamente, se encontraba incluido el crédito que por valor de $7.030.470.67, que adicionó la Administración en la liquidación de revisión que a aquella practicó, de donde resulta que debe ser disminuido de la diferencia patrimonial determinada.

Está de acuerdo sí, en que se mantenga el rechazo del pasivo solicitado por provisión para el pago del impuesto, porque sobre éste, no se encuentra demostrado en el expediente ni la realidad de la obligación de 1973, ni la prueba contable de la constitución de la provisión para este fin específico, con el lleno de las formalidades requeridas para tales efectos.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

En síntesis, la sociedad impugna el sistema de diferencia patrimonial utilizado por la Administración, para determinar la renta gravable por el período 1981.

La adición que al patrimonio bruto declarado efectuaron los funcionarios de impuestos, del crédito a cargo de EXXON INTERNATIONAL por valor de $7.030.471., la disminución del mismo valor del pasivo solicitado y el rechazo de la provisión para el pago del mismo impuesto de renta por la suma de $4.739.905., incluido por la sociedad dentro de sus obligaciones a cargo, a 31 de diciembre del año en cuestión, originaron el incremento del activo que la sociedad no justificó en los términos que establece la ley.

A través de todo el proceso gubernativo, primero en la respuesta al requerimiento especial y después con el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial, así como ante la jurisdicción, la reclamante ha sostenido que la cantidad de $7.030.471. corresponde a un crédito activo que por error fue incluido en la cinta magnética con el Código D-2 cuando correspondía hacerlo en el Código D-1, error que dice, no afectó los datos de la declaración, porque el crédito activo que por error fue incluido como un activo de la compañía el renglón número 4 del formulario bajo el rubro "Deudores Comerciales" en la partida global de $132.567.182. y el "monto de los pasivos informados en la

cinta se disminuyó en esa cantidad en relación con el valor solicitado en el renglón de la declaración de renta.

Para respaldar sus aseveraciones, la reclamante incialmente presentó ante la Administración, certificación del Revisor Fiscal de la sociedad, en la que consta que en los libros de contabilidad de la empresa, aparece registrada en el grupo de activos, notas de EXXON INTERNATIONAL Co., sociedad extranjera sin domicilio en el país, por valor de $7.030.471. y posteriormente solicitó a la misma agencia fiscal, una inspección ocular a los libros de contabilidad y practicada ésta los peritos opinaron: "En el inventario y Balance registrado a 31 de diciembre de 1981, en la parte de activos en la cuenta No. 199-260 Notas 'Exxon Internacional' aparece la suma de $7.030.470.67 contabilizado como activo que viene del saldo que arrojó el libro de Cuenta y Razón".

Ante la jurisdicción y tendiente a mejorar la prueba, de nuevo aportó certificado expedido por el Revisor Fiscal en la que en forma discriminada se relacionan las partidas que conforman el activo corriente "Deudores Comerciales" declarado en forma global en el renglón número 4 del formulario oficial por $132.567.182. y en la que se encuentra incluida el activo que es materia de controvercia en el caso de autos.

Demostrado está pues, que la sociedad lleva contabilidad en debida forma como la misma administración lo admitió y que el crédito en discución se encuentra contabilizado y registrado dentro de los activos de empresa, como lo ratifican las pruebas aportadas, de donde infiere la Sala se encuentra suficientemente probado que el valor adicionado ya estaba incorporado dentro del patrimonio bruto declarado a 31 de diciembre por la empresa, motivo por el cual es procedente su disminución del incremento de activos determinado por la Administración.

En cuanto a la disminución del pasivo en el mismo valor, debe aceptarse puesto que se trata de la misma partida y aclarado el error en el activo, simultáneamente se aclara que no habría razón para descontarlo del pasivo fiscal solicitado.

Las críticas que formula la sentencia apelada a la certificaciones expedidas por los Revisores Fiscales, para restarles eficacia probatoria, no son procedentes, como lo afirma el Ministerio Público, como quiera que el Artículo 98 de la Ley 9a. de 1983 no condiciona su validez al cumplimiento de las formalidades que no se observaron según el *a-quo;* en sentir de la Sala eran suficientes las certificaciones, sin perjuicio claro está de la facultad que tiene la Administración para efectuar las comprobaciones correspondientes.

PROVISIONES PARA PAGO DE IMPUESTO DE RENTA

Las provisiones por regla general constituyen pasivos contingentes que se cargan a los resultados operacionales de la empresa en determinado ejercicio, pero que no constituye un pasivo exigible. Son meras espectativas de gastos que

pueden o no ocasionarse. Los conceptos de pasivo contable y pasivo fiscal son diferentes. Aquel puede y debe registrar posibles obligaciones futuras o también obligaciones contingentes. En cambio, fiscalmente sólo se reconocen "las deudas" o sea las obligaciones ciertas y causadas.

Es cierto que los contribuyentes que llevan libros de contabilidad deben calcular una provisión para el pago del impuesto de renta porque afecta las utilidades del mismo año. Pero para efectos fiscales esta provisión no tiene tratamiento de pasivo, pues con este carácter solo son aceptables las deudas por obligaciones ya determinadas en liquidación privada u oficiales, cuyo plazo para pago venció antes del 31 de diciembre.

Los argumentos que el demandante invoca ante la jurisdicción son distintos a los formulados en la respuesta al requerimiento especial, consistente en, "...que dicha provisión se constituyó desde varios años antes con destino a cubrir una deuda por concepto de impuesto a la renta correspondiente al año gravable de 1973". Pero la Sala observa que esta provisión no aparece relacionada dentro de las obligaciones a cargo en el año de 1980, de suerte que si se adicionara a ellas dicha provisión la diferencia patrimonial subsistiría en igual valor y además, que a 31 de diciembre de 1981 la obligación en comento, no era clara, pues por encontrarse en discusión era contingente.

Por las anteriores consideraciones es procedente revocar la sentencia objeto de instancia y practicar una nueva liquidación de impuestos conservando el siste-ma de comparación de patrimonios, en los siguientes términos:

RENTA		
Líquida determinada inicialmente		$ 18.800.847
MENOS:		
Explicaciones que se aceptan: Menor valor del activo	$ 7.030.471	
Pasivo aceptado	7.030.471	$ 14.062.942
Renta líquida		4.737.905
Renta exenta		60.177
Renta gravable		$ 4.677.728
Impuesto Básico de Renta		$ 1.871.091

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

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. Modifícase la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios que le corresponde pagar a la sociedad PROVINCIA PETROLEUM COMPANY, identificada con NIT: 60.028.373, por el período gravable de 1981.

3o. En su lugar y de conformidad con la liquidación consignada en la parte motiva de esta providencia, fíjase en la suma de UN MILLON OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVENTA Y UN PESOS ($1.871.091.) M/CTE. La obligación fiscal mencionada.

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.

Jaime Abella Zárate, Presidente; *Guillermo Chahín Lizcano, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez,* Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SENTENCIA - Existencia

La pretensión de que una providencia no suscrita por el juez o por el número de magistrados que prevé la ley, o no acordada con el número de votos requerido, carezca de existencia, además, "insaneable", no tiene ningún fundamento, primero, porque si de algún vicio, extintivo adoleciera la misma, tendría que serlo de nulidad, pues el procedimiento jamás ha instituido causales de inexistencia, en cuyo caso se deberían indicar precisamente la causal y el concepto; y segundo porque la ley procesal civil prescribe fórmulas de saneamiento, pertinentes para tales eventos.

INSPECCION TRIBUTARIA - Naturaleza/ **PRUEBA CONTABLE**

La visita administrativa de inspección no tiene carácter de prueba pericial, no solamente porque la práctica de la misma no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque de los visitadores jamás se ha exigido la condición de contadores públicos, de suerte que de la respectiva acta a lo sumo cabe presumir su total conformidad con los datos consignados en los libros de contabilidad inspeccionados, según se desprende del artículo 92 del Decreto 1651 de 1961. O, lo que es lo mismo, que el acta de inspección es prueba de las irregularidades contables que reporte y de la inoponibilidad, en su momento, frente a terceros, de los libros y efectos inspeccionados, pero no de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y guarismos objeto del examen (Ejercicio fiscal de 1978).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., febrero veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2791. Apelación sentencia de 22 de agosto de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de revisión contra la operación administrativa de liquidación de impuestos de renta y complementarios por el año gravable 1978. Actor: Genco Ltda. y Cía. S.C.A. -FALLO-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto en término, mediante delegado, por el Director General de Impuestos Nacionales, contra la sentencia de primer grado de 22 de agosto de 1989, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio especial de Impuestos promovido por la sociedad GENCO LTDA Y CIA., S.C.A., respecto de actos de determinación y discusión del Impuesto sobre la renta del período impositivo de 1978, a saber, la liquidación de revisión No. 100848 de 7 de julio de 1981 y las Resoluciones No. 1172 de 6 de agosto de 1982 y 845 de 31 de mayo de 1983, expedidas, las dos primeras, por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y, la última, en surgimiento del grado de consulta, por la Subdirección Jurídica, División de Recursos Tributarios, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

ANTECEDENTES

Precedida de acta de visita y requerimiento especial, la liquidación impugnada produjo el rechazo de las siguientes partidas del costo y las deducciones y una fracción del pasivo:

a) "Cargos a: ventas de mercancías", en cuantías de $457.738.49 y $69.591.51, por concepto de devoluciones de mercancías, por corresponder, el primero, al año gravable de 1977, y el segundo, a la sociedad Productos de Belleza, S.A., y no a la declarante, según nota crédito.

b) "Asesoría a: Max Factor y Cía.", $14.374.303, "Asesoría a: Productos de Belleza, S. A.", $18.711.968, y "arrendamientos a: Productos de Belleza, S.A., $19.300.000, por deficiencia de soportes contables y falta de comprobación sobre la relación de causalidad de las expensas, toda vez que no se acreditó la clase de asesoría recibida.

c) "Intereses pagados a: Cooperativa Antonio José Díaz y/o Parroquia El Peñol", $4.240.928, y pasivo en favor de la misma entidad, $14.614.090, por ausencia de prueba.

Se aplicó, igualmente, una sanción por inexactitud, teniendo por base la parte de las devoluciones de mercancías que, en suma de $69.591.51, se había desechado.

Las providencias que resolvieron el recurso gubernativo propuesto, confirmaron en su totalidad el acto liquidatorio, por razones similares a las expuestas en éste.

LA DEMANDA

Se indican quebrantados los artículos 9° de la Ley 145 de 1960, 40 del Decreto 2821 de 1974, 32 de la Ley 52 de 1977 y 24 del Decreto 825 de 1978, por haberse desconocido el mérito probatorio a los libros de contabilidad y a las constancias basadas en la misma; el artículo 45 del Decreto 2053 de 1974, porque se ignoró el principio de que la causalidad y necesidad del gasto se debe valorar con criterio comercial; los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto 825 de 1978, en cuanto se dejó sin efecto la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias, los documentos aportados, la contestación de los requerimientos, los recursos gubernativos y documentos anexos; y los artículos 124 del Decreto 2053 de 1974 y 61 del Decreto 1651 de 1981, debido a que se desconoció, "el valor probatorio del cruce fiscal para establecer tributariamente la existencia de un crédito, haya o no haya documentos de fecha cierta como respaldo...".

Sobre cada rechazo se razona, en síntesis así:

a) ***Devoluciones en ventas***

La contabilización, en 1978, el ejercicio debatido, de la partida inicial de $457.738.91, fue explicada con la contestación del requerimiento y el recurso, en el sentido de que era físicamente imposible registrar en libros las devoluciones en la misma fecha en que se producían, dado el volumen de ventas, la gran cantidad de clientes y la diversidad de artículos que se expendían, no habiéndose determinado, por otra parte, irregularidad de la que se dedujera la doble imputación contable de la citada cantidad.

También, el hecho de que la otra partida, por error, se hubiera reportado como devolución de productos de Belleza, S.A., siéndolo realmente de la contribuyente, que era distribuidora de los productos de aquélla, a la que, por costumbre de muchos años, dirigían los clientes sus comunicaciones, aparte de que el revisor fiscal de la misma, había certificado la inexistencia de ventas efectuadas directamente, en períodos inmediatamente anteriores a las devoluciones, a las personas que efectuaron éstas.

b) ***Asesorías***

En el caso de Max Factor, ocurrió que el contrato de asesoría suscrito entre esta sociedad y Productos de Belleza, S.A., para la fabricación, propaganda y mercadeo de los productos cuya elaboración se autorizaba a la segunda, bajo el registro de marca de la primera, que incluía el pago de regalías a ésta por tal derecho de producción, fue cedido, el 5 de septiembre de 1977, a la contribuyente, pero únicamente en cuanto tocaba con la propaganda y mercadeo de productos, ya que Probelleza conservó los derechos de fabricación.

Así las cosas, los pagos hechos a Max Factor en el período gravable, lo fueron exclusivamente por asesoría en el ramo de la propaganda, manejo de impulsadoras calificadas, mercadeo, distribución y ventas de productos, y no por concepto de "regalías", que originalmente se habían pactado por la producción.

Y si bien, la partida correspondiente ($14.374.305) se contabilizó en el rubro genérico "compraventa de servicios, asesoría", pero discriminada en dos ítems: "Asesoría" ($9.415.361) y "regalías" ($4.938.944), debía entenderse que pertenecía, en su totalidad, sólo al primero de éstos, supuesto el error de contabilización.

Por lo demás, dicha partida integrada se encontraba debidamente comprobada, pues se había identificado al beneficiario, anexado notas de contabilidad y podido cruzar el dato con la declaración de renta de aquél.

De otro lado, para verificar la relación de causalidad, no era exigible un contrato de fecha cierta, como lo pretendió la administración, que sólo se requeriría tratándose de regalías, conforme a los artículos 66, 67 y 68 del Decreto 187 de 1975, dado que las asesorías se formalizan mediante contratos meramente consensuales que no necesitan escritos.

Así mismo, como prueba de la admisibilidad de lo contabilizado equivocadamente como "regalías", se acompañó copia hábil del contrato, del que tampoco era exigible "solemnidad" alguna, como lo da a entender la administración.

Referente a lo pagado a Productos de Belleza, S.A., por el mismo concepto de asesorías ($18.711.968), se predican argumentos análogos a los expuestos en el punto anterior, toda vez que la efectividad de la erogación se probó con la declaración de renta de la beneficiaria, avalada por contador público, habiéndose demostrado, igualmente, con el respectivo contrato, la concesión de la distribución de los productos elaborados por aquélla, de cuantía no determinada, según lo observó la administración, pero sí determinable con base en las ventas del período.

c) ***Arrendamientos***

Se trata de pagos por concepto del alquier del montaje que tenía en el país Probelleza, como oficinas, bodegas, equipos de transporte, muebles y equipos de oficina, utilizados desde 1976, en virtud de un contrato consensual, de tracto sucesivo, no solemne, cuya única prueba es el cumplimiento del mismo por las partes, que, no obstante, se respalda en juicio con certificado de contador público.

d) *Intereses y pasivo*

Los motivos esgrimidos para el rechazo, fueron totalmente desvirtuados con la respuesta al requerimiento. Había advertido la comisión visitadora, en efecto, la ausencia de fecha cierta auténtica del pagaré que, por entonces, se le presentó, por no haberse cubierto el impuesto de timbre, limitándose, pues, a resaltar vicios de forma, sin atender al hecho más importante, que lo era, sin duda, si la inspeccionada había recibido y contabilizado las cantidades de que daba cuenta el documento, y si se habían registrado como réditos las sumas que se dijeron pagadas, como efectivamente figuraban contabilizadas, tornando a ser relevante lo confirmado antes, respecto de los contratos consensuales que no ameritan solemnidades.

El cumplimiento, en la declaración tributaria, de los requisitos formales de los intereses pagados y la deuda, así como la debida contabilización de éstos, debieron ser suficientes para su reconocimiento fiscal, pues, de otro modo, la administración tendría que haber desvirtuado, con prueba fehaciente, la presunción de veracidad que amparaba el informativo.

Dentro de las otras consideraciones, es manifiesto que la comisión visitadora y los demás funcionarios, enfocaron mal su cometido, al cifrar la validez de la prueba documental exhibida en el pago del impuesto de timbre, olvidando que, aún en el evento de que el contrato de asesoría o el arrendamiento debieran ser puestos por escrito, el timbre aparecería en el *original* que conserva el acreedor. No obstante, se anexó también copia del pagaré facilitado por éste.

La oficina liquidadora asevera, además, que en el curso de la visita no fueron presentados los comprobantes internos y externos relativos al crédito y los intereses, cuando la verdad es que, en el acta levantada, no se menciona por parte alguna la inexistencia de tales comprobantes.

A la demanda se acompaña certificado de contador público en el punto.

e) *Sanción*

Por lo anotado, no debe subsistir ésta.

(Adicionalmente se pide en la demanda, declarar la nulidad de la actuación administrativa, de acuerdo con las disposiciones de las Leyes 52 de 1977 y 9° de 1983, por cuanto el acto liquidatorio producido por la administración se denominó "liquidación oficial, cuya existencia no está autorizada por las leyes de este país...", debiendo serlo, de revisión, de aforo, o de corrección).

EL FALLO APELADO

Con referencia al cargo de nulidad por la denominación de la liquidación, el *a-quo* dice que las nulidades de los actos liquidatorios de impuestos se hallan contempladas taxativamente en las normas tributarias, de modo que la invocación genérica de las aludidas leyes, sin fundamentación concreta, no permite examinar el mismo, fuera de que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 52 de 1977, las nulidades del acto se deben alegar en el recurso gubernativo, lo que no se hizo.

En lo de fondo, define, en resumen:

a) ***Las devoluciones***

La primera partida, glosada por $457.738.49, pertenecía a mercancía vendida y devuelta en 1977, según el acta de visita, por lo cual, habida cuenta de la independencia de las vigencias fiscales que se pregona en el artículo 1° del Decreto 187 de 1975, citado por la administración, se deben compartir las apreciaciones de ésta, en punto a que las devoluciones examinadas no podían afectar los ingresos declarados por 1978, por el principio de la causación contable, así hubieran sido contabilizadas en este período, no estando llamado a prosperar el cargo.

La segunda, desestimada en cifra de $89.591.51, aparece a nombre de Productos de Belleza, S.A., de acuerdo con los avisos de devolución que constituyen los soportes internos de la misma, hecho no desvirtuado, sin embargo de que la sociedad en mención la hubiera contabilizado también, pues esto no altera los motivos de la glosa. No prospera el cargo.

b) ***Las asesorías***

De los pagos que se dijeron efectuados a Max Factor, en subpartidas por "asesoría" ($9.415.361) y "regalías" ($4.958.944), se debe reconocer fiscalmente la primera, pues aunque en el proceso gubernativo la prueba fue deficiente, el experticio contable practicado en juicio, a instancia de la actora, mejoró sustancialmente aquélla, mediante el acopio, entre otros documentos, de los comprobantes de la retención en la fuente que se hizo al beneficiario y la declaración de renta de éste, en la cual figura denunciado el ingreso.

No así la otra partida, respecto de la cual no se cumplieron los requisitos de admisibilidad, particularmente, los contemplados en los artículos 66, Num. 1° y 67, Inc. 2°, del Decreto 187 de 1975.

En lo que hace a la partida de $18.711.968, de pagos a Productos de Belleza, S.A., la misma resulta igualmente reconocible, en virtud de las pruebas reunidas en el curso de la pericia contable, que dan cuenta de haberse contabilizado y declarado, por ambas partes, la suma en cuestión, acreditándose, de este modo, la realidad y relación de causalidad del gasto, independientemente de que, inicialmente,el contrato respectivo se hubiera aportado

en copia informal, sin timbre y sin cuantificación sobre el importe de los honorarios, porque al proceso jurisdiccional se allegó en copia auténtica, con timbres pagados el 18 de mayo de 1981, habiendo podido establecerse, según su cláusula 5°, que el honorario máximo se había pactado en el 25% de las ventas netas de cosméticos, de modo que el 7.8% efectivo a que se liquidó en la práctica dicho honorario, según lo comprobado por peritos, se encontraba dentro del margen convenido.

c) ***Los arrendamientos***

La correspondencia cruzada entre el demandante y Productos de Belleza, S.A.,la beneficiaria de esta parte de las erogaciones discutidas ($19.300.000), relativa al acuerdo en torno del arrendamiento, complementada por el peritaje y documentos anexos a éste, donde se reportan la contabilización y declaración, por las dos sociedades, de los arrendamientos discutidos, mejora la prueba aducida ante la administración y demuestra la existencia del contrato de arrendamiento, debiendo prosperar el cargo relacionado con este aspecto de la litis.

d) ***Los intereses***

Se ha de aceptar, así mismo, esta erogación, porque a pesar de que los pagarés representativos del crédito y los intereses pactados se habían presentado, a la comisión visitadora, sin timbre ni autenticación de firmas y con la fecha de vencimiento en blanco, los mismos se adujeron, subsanadas las irregularidades, en ocasión del recurso gubernativo, y procede su valoración conforme a las reglas de la sana crítica, en conjunto con el dictamen pericial.

e) ***La sanción por inexactitud***

Dada la disminución de base gravable, por efecto de la prosperidad de algunos cargos, la multa se ajustará proporcionalmente.

(En la práctica, la sentencia mantuvo íntegramente la sanción, en razón de haberse confirmado el rechazo de la cifra sobre la que se liquidó).

EL RECURSO DE APELACION

Con referencia a cada uno de los *ítems* materia de decisión estimatoria, el apelante sostiene, en lo fundamental:

a) ***Asesorías pagadas a Max Factor y Cía.***

En la instancia gubernativa, quedó demostrado que la partida reconocida por el *a-quo*, carecía de comprobación, por no haberse presentado ningún documento de fecha cierta y auténtica que acreditara la realidad del gasto, según los artículos 76 del Decreto 1651 de 1961, 40, num. 2°, del Decreto 2821 de 1974

y 53 y 55 del Código de Comercio, o la relación de causalidad, conforme al artículo 44 del Decreto 2053 de 1974.

La sentencia no resolvió el punto atinente a este último, ni el peritaje lo subsanó, así éste dijera que sí existía tal relación pues la misma no se infiere de análisis contables, sino del estudio del objeto social, a parte de que a los peritos no les es dable conceptuar sobre algo del resorte exclusivo de la adminstración o el juez administrativo.

El dictamen pericial nada dice sobre los comprobantes externos, que debieron soportar la contabilización del gasto en libros de la actora, y cuya ausencia, que fue la otra causa de rechazo, no era enmendable con la sola afirmación de los expertos, en el sentido de que aquélla había abonado al beneficiario la cantidad de que se habla.

Y como la contabilidad debe guardar relación con la declaración, al punto de que las operaciones registradas en aquélla han de aparecer en ésta, no demostrado el respaldo en comprobantes, procede indefectiblemente la desestimación de la suma contabilizada, sin que la irregularidad se pued'a subsanar por medios ajenos a la contabilidad, como lo admite el *a-quo*.

b) ***Cargo a otros egresos. Abono a Productos de Belleza*, $18.711.968**

Como en el caso anterior, se careció del documento de fecha cierta que acreditara la validez de la erogación, el cual no era reemplazable por el análisis pericial de la contabilidad de la beneficiaria, toda vez que si el rechazo derivaba de las deficiencias contables de la actora, no había ninguna razón para reconocer el gasto, con base en los libros de la primera. Además, la sentencia admite, como comprobante externo, un contrato registrado el 18 de mayo de 1981, posterior a la visita, que le resta todo valor como respaldo contable.'

c) ***Cargo a otros egresos. Abono a Productos de Belleza, S.A.*, $19.300.000**

La actuación administrativa, en el punto, se fundó en el hecho de que la contabilización de la partida careciera de soporte, como lo acepta el fallo, sin embargo de lo cual, no se decide en éste conforme a la contabilidad de la omisa, sino con fundamento en los libros de la beneficiaria. De otro lado, se da por aceptada la existencia del contrato de arrendamiento, que era el soporte externo requerido para asentar la partida, pero se reconoce que el contrato no existe por escrito, contradicciones e inconsistencias inadmisibles para sustentar el reconocimiento de una deducción rechazada por falta de soporte externo que exige el artículo 53 del Código de Comercio.

Tratándose de contabilizar una partida, el soporte de ésta debe ser escrito y no verbal, como aparentemente lo acepta el Tribunal, que es un despropósito.

Si el contrato de arrendamiento presentado por la demandante, sin timbres, se autenticó notarialmente el 19 de noviembre de 1979 y comprendía 12 meses, contados desde el 1o. de octubre de 1979, no podía servir de comprobante contable por 1978.

d) ***Cargo a otros egresos*, $4.240.928**

Puesto que la inadmisión de esta partida, que corresponde a intereses solicitados como deducción, obedeció a las manifiestas deficiencias de los pagarés esgrimidos a manera de comprobantes externos, no se entiende cómo en el dictamen pericial se afirma que la misma, se halla "debidamente registrada y soportada con la contabilidad de GENCO".

Además los comprobantes de diario, "con sus respectivos soportes", que ahí se mencionan y admite la sentencia, no hacen referencia a los pagarés desechados desde el principio, sino a documentos distintos que nada dicen sobre los intereses en cuestión y aparecen expedidos, no por el beneficiario, sino por Productos de Belleza, S.A., luego, de ninguna manera, constituían prueba para el reconocimiento de la partida de que se trata.

ALEGATOS FINALES

El apelante insiste en que la sentencia carece de fundamento legal y probatorio y, por ello, el reconocimiento que hace de las partidas rechazadas, contraría a la realidad procesal, a cuyo efecto remite a la sustentación del recurso, y a los alegatos de conclusión y de oposición al dictamen pericial formulados en la primera istancia del juicio, pues, en su sentir, la decisión acusada, en cuanto dirime los extremos de la litis, fundada en la contabilidad, de los beneficiarios de los pagos, "crea un antecedente peligroso para la administración, en los actuales momentos en que la actulización fiscalizadora se origina y desarrolla principalmente del (sic) estudio de la contabilidad de los contribuyentes...".

Ve, además que se fomentan las omisiones contables y, practicamente, se autoriza a los contribuyentes a no llevar contabilidad.

Por otra parte, afirma que la sentencia se profirió sin el requisito de la mayoría absoluta de los votos y sin que se suscribiera por todos los magistrados, ya que, de los seis que conforman la Sala, "aparentemente" la firman cuatro, lo que no es así, porque el Magistrado César Uribe Botero, no solamente salvó su voto, sino que firmó cuando ya no pertenecía a la Corporación.

Y que al pedir a la presidencia del Tribunal se le certificara la fecha hasta la cual había laborado el citado magistrado, se le respondió que ello era "indiferente", porque el doctor Uribe Botero había concurrido puntualmente a su despacho, "hasta la fecha en que se posesionó la doctora María Inés Ortiz Barbosa que lo reemplazó...".

De lo anterior infiere, por un lado, que no sólo no se le respondió, sino que se le decidió una eventual actuación suya, y por otro, que el Dr. Uribe Botero habría laborado hasta el 18 de agosto de 1989, fecha de la posesión de su reemplazante, quien, "curiosamente", dice que se abstiene de emitir salvedad de voto, pero sin firmar la sentencia, siendo que ya formaba parte de la Sala de decisión cuando se dictó aquélla, "con lo que, aparentemente interviene y no interviene en el fallo...".

La sentencia, pues, sería inexistente, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1265 de 1970, por no aparecer suscrita por la mayoría, sin saneamiento posible, en los términos del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, dado que no podría firmarla un magistrado que no intervino en la sesión en que fue aprobada.

La parte demandante se abstuvo de otras alegaciones.

VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Como criterio general, la Señora Fiscal Sexta de esta corporación sostiene que, contrario a lo que supone el recurrente, si bien la contabilidad de los contribuyentes es el principal medio de prueba, no es el único, siendo viable que éstos se auxilien de otras vías hábiles de convicción, en la demostración de la realidad de los hechos.

Sobre las cuestiones de fondo conceptúa:

a) ***Asesorías, a Max Factor y Co.,*** **$9.415.361**

Ni los documentos en que se basó el peritaje, ni el contrato de fls.100 y s.s. del cuaderno principal, prueban la realidad del pago discutido.

En efecto, de los primeros, la constancia del ingreso percibido por el beneficiario, anexo No. 1 del dictamen, que da cuenta de la factura librada por éste y su cancelación, tiene una firma autenticada ante notario y la certificación del cónsul colombiano sobre la calidad de aquél, pero no la constancia sobre la condición de quien firma en nombre de Max Factor. La certificación del notario dice de la autenticidad de la firma, mas no del contenido del documento.

La constancia y comprobantes de retención en la fuente acreditan el cumplimiento de un deber formal, no que realmente se efectuaran los pagos discutidos.

La copia de la declaración de renta del presunto beneficiario, no se encuentra autenticada por funcionario competente, en el entendimiento de que no son los peritos los llamados a dar fe de su autenticidad y que no se puede tener por auténtica por hacer parte del experticio.

En lo que hace relación con el contrato de asesoría de fls. 100 y s.s., sólo tiene fecha cierta,en este caso, desde que fue tímbrado en la administración, el 12 de mayo de 1981, no pudiendo invocarse como prueba por 1978.

No acertó, pues, el tribunal, al reconocer la deducción.

b) ***Asesorías, a Productos de Belleza, S.A.*, $ 18.711.968**

Aunque la contribuyente no registró el gasto con la plenitud de las exigencias contables, se debe admitir que el mismo fue probado por otros medios, por lo cual, se comparte la decisión del *a-quo* al respecto.

c) ***Arrendamientos por $19.300.000*, a Productos de Belleza, S.A.**

Si bien la ausencia del contrato, como soporte externo de la contabilización de la partida, podía dar lugar al rechazo de ésta y a la imposición de una sanción por libros de contabilidad, no implicaba que la deducción no fuera demostrable por otros medios, como en efecto se hizo, mediante el peritaje, conforme al cual, la beneficiaria contabilizó y declaró los arrendamientos en cuestión, aspecto en que la sentencia impugnada está a derecho y se comparte.

d) ***Intereses*, $4.240.928**

No habiéndose demostrado, en la vía gubernativa, la existencia del crédito que había generado los intereses, habida la circunstancia de que los pagarés que amparaban aquél aparecían timbrados el 12 de junio de 1979, por ende, con validez fiscal sólo desde tal fecha, y dado que el dictamen pericial se limitó a afirmar que los mencionados rendimientos estaban debidamente contabilizados y soportados en libros de la demandante, es manifiesto que la existencia de la obligación principal y, de suyo, de la accesoría por intereses, no se probó, y el rechazo debía mantenerse.

En conclusión, se pide que el fallo se revoque, en cuanto reconoció lo pagado por asesorías a Max Factor ($9.415.361) e intereses ($4.240.928) sin estar debidamente demostrado, y se ajuste la correspondiente sanción por inexactitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ***De la "inexistencia" del fallo atacado***

La pretensión de que una providencia no suscrita por el juez o por el número de magistrados que prevé la ley, o no acordada con el número de votos requerido, carezca de existencia, además "insaneable", no tiene ningún fundamento, primero, porque si de algún vicio extinto adoleciera la misma, tendría que serlo de nulidad, pues el procedimiento jamás ha instituido causales de inexistencia, en cuyo caso se deberían indicar precisamente la causal y el concepto; y, segundo,

porque los artículos 312 y 358 del Código de Procedimiento Civil prescriben fórmulas de saneamiento, pertinentes para tales eventos.

Por otro lado, el fallo impugnado fue aprobado en sesión de 22 de junio de 1989, con la firma de los señores Magistrados Jorge Enrique Márquez Puentes, Miren de La Lombana de Magyarott, Mercedes Salgado de Gutiérrez y Julio Enrique Correa Restrepo, según consta a fls. 300 del cuaderno principal, quienes integraban Sala mayoritaria y no se encontraban en ninguno de los eventos de salvedad de voto o de ausencia definitiva o temporal, que narra el señor delegado de la administración, luego, sus apreciaciones, en el punto, no pueden aceptarse.

2. ***Cuestiones de Fondo***

a) *Del pago de asesorías a Max Factor y Co. ($9.415.361).*

De acuerdo con lo afirmado por la demandante y lo que se admite en las resoluciones del recurso administrativo, la erogación de que se trata, satisfacía las exigencias formales del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, en cuanto a que el beneficiario de la misma se hallaba ahí debidamente identificado y que, con respecto a los giros efectuados a éste se había practicado una retención en la fuente del 40%. Por lo demás, dada la índole de los ingresos declarados y la materia sobre la que versaba la asesoría, detallados en la misma declaración y la contestación del requerimiento especial, no se requería de especiales comprobaciones sobre la relación de causalidad entre el ingreso y el gasto.

Debía presumirse, pues, según los artículos 33 de la Ley 52 de 1977 y 22 del Decreto 825 de 1978, citados en la demanda, que la cuestionada fracción de los egresos denunciados era verídica.

Ahora bien, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala en cuanto, la visita administrativa de inspección no tiene carácter de prueba pericial, no solamente porque la práctica de la misma no se sujeta a los principios y formalidades de ésta, sino porque de los visitadores jamás se ha exigido la condición de contadores públicos, de suerte que de la respectiva acta a lo sumo cabe presumir su total conformidad con los datos consignados en los libros de contabilidad inspeccionados, según se desprende del artículo 92 del Decreto 1651 de 1961.

O, lo que es lo mismo, que el acta de inspección es prueba de las irregularidades contables que reporte y de la inoponibilidad, en su momento, frente a terceros, de los libros y efectos inspeccionados, pero no de la inexistencia física o falsedad de los conceptos y guarismos objeto del examen.

Se sigue, que no desvirtuada la presunción por la administración, pues los argumentos y pruebas que esgrime ésta dicen relación, no con la inexistencia material del gasto, sino con típicos defectos de contabilización, quedó a salvo el hecho inferido legalmente y, por consiguiente, independientemente de que la contribuyente hubiera aportado, o no, otros medios fehacientes de convicción, el

mismo debía ser reconocido fiscalmente, como se hizo en la sentencia recurrida, así los motivos de ésta difieran de los que se acaban de exponer.

En discrepancia, pues, con las apreciaciones de la fiscalía, se debe sostener la misma, en lo atinente a esta parte de las deducciones controvertidas.(...)

b) *Del pago de asesorías y arrendamientos a Probelleza ($18.711.968 y $19.300.000).*

A la deducibilidad, para efectos fiscales, de estas expensas les son aplicables las mismas normas y principios que se dejan expuestos, toda vez que el acopio de los contratos de asesoría y arrendamiento, no pertenecía a la forma o documentación de la declaración tributaria, por no existir disposición expresa que exigiera anexarlos a la misma.

Por otro aspecto, como bien lo resalta la señora Fiscal sexta, no es cierto que la contabilidad del contribuyente constituya prueba única de los factores y cifras que éste pretende hacer vales en favor suyo, pues no existe disposición legal alguna que restrinja en tal forma el tema de la prueba. En otras palabras, no consiste éste, como lo pretende el apelante, en demostrar la debida contabilización de dichos factores y cifras, cuyo defecto, eventualmente, puede dar a la aplicación de multas o al rechazo de los mismos, sino en acreditar la realidad de las erogaciones, por cualquier medio legalmente hábil.

Y puesto que, aun siendo deficientes las respectivas contabilizaciones, la demandante comprobó, además, por medio del peritazgo y documentos anexos, la efectividad del pago de asesorías y arrendamientos a la entidad Productos de Belleza, S.A., el recurso no está llamado a prosperar respecto del punto examinado.

c) *Del pago de intereses.*

Se ha definido que la presunción de autenticidad de los hechos consignados en la declaración tributaria y la contestación de los requerimientos administrativos, depende, necesariamente, de las exigencias de forma e instrumentación de aquéllos.

Pues bien: uno de los requerimientos que, para la admisibilidad de las deudas, se contempla el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, es la conservación y, de suyo, la exhibición, durante el término de la revisión oficiosa, de los documentos relativos a la cancelación de tales acreencias, de modo que la administración no viola la aludida presunción por el hecho de que exija la presentación de dichos documentos, como elementos demostrativos tanto de la obligación principal como de la accesoria por intereses, según las acertadas reflexiones de la fiscalía. No exhibidos los mismos, cesa la presunción y revierte la carga de la prueba.

Para el caso, ya que ni los documentos aportados, ni el dictamen pericial acreditaron la vigencia del pasivo y el pago efectivo de intereses, se comparten íntegramente las razones del Ministerio Público, debiendo revocarse esta parte del fallo acusado.

d) *De la sanción por inexactitud.*

Se dijo al comienzo, que la multa fue tasada sobre el importe del mayor impuesto derivado del rechazo de las devoluciones de mercancías que, por valor de $69.592, se habían solicitado. Mas como dicho ítem no fue objeto de modificación alguna en la primera instancia del juicio, ni fue motivo de impugnación, en este, por la parte actora, no hay lugar a reajuste porcentual alguno, a pesar de la reforma del fallo que ha de efectuarse ahora.

Procede, por tanto, la práctica de la siguiente nueva liquidación:

GENCO LIMITADA Y CIA S.C.A.
NIT: 60.048.910
AÑO GRAVABLE: 1978

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
RENTA:		
Gravable, según fallo apelado:	$ 6.067.836	
Más: Intereses, cuyo rechazo oficial se confirma	4.240.928	
Gravable definitiva, a la tasa del 40%...	$10.308.764	$4.123.506
DESCUENTOS TRIBUTARIOS:		
Reconocidos, fallo apelado		2.000
Impuesto neto de renta...		$4.121.506
SANCIONES:		
Por inexactitud, no discutida		55.674
TOTAL A CARGO...		$4.177.180

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

FALLA:

Revócase parcialmente la sentencia apelada.

En su lugar, modifícase la liquidación practicada, en ésta, a la sociedad GENCO LIMITADA Y CIA., S.C.A., NIT: 60.048.910, por el año gravable de 1978.

Como consecuencia, fíjase en la suma de CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA PESOS ($4.177.180), el valor total que debe pagar la precitada sociedad, por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios y la sanción por inexactitud, por el mismo ejercicio fiscal de 1978.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades/ **MONEDA EXTRANJERA/ LIQUIDACION DE OPERACIONES/ ACREEDOR EXTRANJERO/ CIRCULAR EXTERNA**

El señor Superintendente Bancario advierte que los acreedores extranjeros no tienen que concurrir con los demás acreedores de la masa de la liquidación, incluso en la instrucción señalada en el artículo 3° de la Circular demandada y que aquellas acreencias que no se pueden identificar con determinado activo en moneda extranjera, concurren en una masa de bienes en moneda extranjera, sólo que solamente se podrá repartir hasta el límite de lo recaudado.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE la frase final de la tercera instrucción de la Circular Externa D. No. 020 de marzo 9 de l983, expedida por el señor Superintendente Bancario, que dice: "Hasta la cuantía de la cual dicha masa permite satisfacerlos".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta. Bogotá, D. E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3025. Actor: Ignacio Chiappe Lemos y Consuelo Aguirre Silva. Acción de Nulidad y suspensión provional. AUTO.

Los Doctores IGNACIO CHIAPPE LEMOS Y CONSUELO AGUIRRE SILVA, con tarjeta profesional de Abogado Números 8.059 y 22.547 del Ministerio de Justicia, respectivamente, obrando en su propio nombre y, además, en calidad de apoderados especiales del Banco de Iberoamérica S.A., con domicilio

en la ciudad de Panamá, en la República del mismo nombre, instauran demanda y para que por sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

1. Que se decrete la suspensión provisional del considerando No.4 y del artículo 3° de la Circular Externa D-020 de 9 de marzo de 1983 de la Superintendencia Bancaria, por resultar manifiestamente violatorios del numeral 3° del artículo 7° de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, de conformidad con la solicitud de suspensión provisional que en escrito separado se adjunta a la presente demanda.

2. Que son nulos el considerando 4 y el artículo 3° de la Circular Externa D-020 del 9 de marzo de 1983 expedida por la Superintendencia Bancaria.

La demanda se admitirá, como se dirá más adelante, en cuanto los actores obran en su propio nombre y por ser acción pública; pero no se le dará curso en cuanto los demandantes dicen obrar en nombre y representación del Banco de Iberoamérica S.A. con domicilio en la ciudad de Panamá, en la República del mismo nombre, por cuanto el poder que les fue otorgado por escritura pública por el señor CRESCENCIO LOPEZ DE SILANES VALGAÑON, Gerente General del mencionado Banco, fue sólo "para que conjunta o separadamente gestionen el pago de la acreencia que a favor del Banco, tiene desde el veinte (20) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) el Banco Nacional (en liquidación) domiciliado en Bogotá, Colombia","quedando facultados para negociar, firmar, convenir, recibir, y ejecutar todos aquellos actos y documentos relacionados con la liquidación del Banco Nacional, Colombia, de tal manera que el Banco se encuentre en todo momento debidamente representado ante las entidades públicas o privadas que de una manera u otra tengan relación con la liquidación que se lleve a cabo y en especial para presentar solicitudes ante las entidades privadas o estatales, presentar demanda ante las autoridades judiciales, recibir notificaciones, interponer recursos ordinarios o extraordinarios, transigir, desistir, sustituir y recibir el valor de la acreencia".

Como queda claro de la transcripción anterior, las facultades para ocurrir ante las autoridades del orden judicial, son sólo en relación con el cobro de la deuda contraida por el Banco Nacional de Colombia a favor del Banco de Iberoamérica S.A. de Panamá.

El escrito que contiene la demanda reúne los requisitos legales, y por tanto, debe ser admitida. Y como solicita la suspensión provisional se procede a su estudio.

Señala el actor como normas violadas los artículos 7° numerales 3° de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, que disponen en forma idéntica:

"Artículo 7°, numeral 3° del Decreto 2216/82".

"Por el cual se adoptan medidas para proteger a los depositantes de los establecimientos bancarios y se reglamentan parcialmente la Ley 4a. de 1923 y el Libro 4o. del Código de Comercio".-

"Integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad. Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no formarán parte de la masa de la liquidación":

"3. Las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraidas por ella, por parte de un tercero, si de ello hubiera por lo menos un principio de prueba, escrito, y, los documentos que obren en su poder, aunque no estén otorgados a favor del comitente, siempre que compruebe que la obligación proviene de una comisión o fideicomiso y que lo tiene por cuenta del comitente o fideicomitente".

Y el Decreto 2217 de 1982, julio 29.

"Por el cual se adoptan medidas para proteger el ahorro privado" dictado en uso de las atribuciones del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, expresa en el artículo 7°, "Integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad".

"Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, no formarán parte de la masa de la liquidación:

"3. Las cantidades que adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ella por cuenta de un tercero, si de ello hubiere por lo menos un principio de prueba escrita, y los documentos que obren en su poder, aunque estén otorgados a favor del comitente, siempre que se compruebe que la obligación proviene de una comisión o fideicomiso y que los tiene por cuenta del comitente o fideicomitente".

Los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio, en su orden expresan:

"Artículo 1154":

"Sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar, los créditos del beneficiario contra el asegurador en los seguros de vida, tendrán el orden de preferencia asignados a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco y los valores de cesión o de rescate se excluirán de la masa".

"Artículo 1399".

"En caso de liquidación administrativa de un establecimiento bancario, los depósitos de que tratan los capítulos I, II y III de este Título, se excluirán de la masa de la liquidación".

La Circular No. D-020 de marzo 9 de 1983, dirigida a los representantes para Colombia de organismos financieros del exterior y demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, en el cuarto considerando, dice:

> "En razón al punto anterior, en el caso de los establecimientos intervenidos por la Superintendencia Bancaria, a los actos originados en el financiamiento en moneda extranjera le son aplicables los numerales 3° de los artículos 7° de los Decretos 2216 y 2217 de julio de 1982. Por consiguiente, las sumas que se recauden de los importadores y exportadores en pago por las financiaciones otorgadas no forman parte de la masa de la liquidación y deben destinarse al pago de las obligaciones a favor de los acreedores del exterior que financiaron tales operaciones. El pago respectivo se puede realizar a través de la misma entidad intervenida o mediante la autorización de un endoso para ser tramitadas por otras entidades de crédito en los casos en que exista una identificación entre el activo en moneda extranjera y la correspondiente acreencia externa".

El artículo 3°, de la misma circular expresa:

> "Que si los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera por operaciones de importación y exportación no identificados con un determinado activo en moneda extranjera no fueren suficientes para cubrir la totalidad de los pasivos a favor de los acreedores del exterior, estos acreedores podrán concurrir, por el valor de los saldos insolutos conjuntamente con los demás acreedores para ser atendidos en sus reclamos con cargo a la masa de bienes de la liquidación en moneda extranjera hasta la cuantía en la cual dicha masa permita satisfacerlos".

El argumento de la demanda para solicitar la suspensión provisional, fundamentalmente radica en que mientras los artículos séptimos numerales terceros de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, excluyen de la masa de la liquidación las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraídas por ello por cuenta de un tercero, la Superintendencia Bancaria cambió la directriz de los artículos terceros de los Decretos 2216 y 2217 de 1982 por cuanto excluye de la masa de la liquidación, no las cantidades que se adeuden, sino las que se hubieren recaudado, contrariando el texto expreso en los artículos citados como violados, al establecer un requisito nuevo contemplado en los decretos mencionados. Acusa además la violación de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República.

SE CONSIDERA:

La Sala no se pronunciará ni admitirá la demanda de nulidad de los considerandos por cuanto estima que no tienen carácter de actos administrativos de-

mandables. Se pronunciará en relación con la suspensión provisional del artículo 3°, de la citada Circular.

En la circular Externa D- No. 020 de marzo 9 de 1983, el Superintendente Bancario de esa época, doctor GERMAN BOTERO DE LOS RIOS, establece un procedimiento para la liquidación de operaciones de moneda extranjera de las entidades financieras intervenidas, en los siguientes términos:

Como primera directriz, el Superintendente instruye a los liquidadores de entidades financieras intervenidas en el sentido de que "previo inventario de activos y pasivos en moneda extranjera, e identificación de los activos con las respectivas acreencias externas, los recaudos de las entidades que adeuden importadores y exportadores a las entidades intervenidas se destinen al pago de dichas acreencias externas conforme al régimen de control de cambio; la segunda instrucción, prevee el caso en que por razón de la forma como se otorgó la financiación externa no sea posible identificar a que pasivo externo corresponde el recaudo de un determinado activo en moneda extranjera, caso en el cual lo recaudado se lleva a una cuenta destinada a ir cubriendo las acreencias que no se hayan podido identificar como correspondientes a una determinada operación; dichos pagos se distribuirán entre los acreedores extranjeros en proporción al monto de los saldos pendientes de pago.

En la tercera instrucción, (art. 3°) que se demanda, el Superintendente Bancario prevee el caso de los recaudos obtenidos de los deudores en moneda extranjera no identificados con un determinado activo en moneda extranjera, que no fueren suficientes para cubrir la totalidad del pasivo adeudado a los acreedores del exterior, caso en el cual se autoriza la concurrencia de estos acreedores conjuntamente con los demás en las obligaciones con cargo a la masa de bienes de la liquidación en moneda extranjera, hasta la cuantía en que esta masa especial de bienes, permita su satisfacción.

En la instrucción cuarta, el Superintendente instruye a los liquidadores para los casos en que la financiación externa haya sido utilizada para fines distintos a los indicados en los literales c), d) y e) del artículo 14 del Decreto 444 de 1967, caso en el cual la acreencia externa debe concurrir con los demás acreedores de la masa de la liquidación, por no corresponder a operaciones de comercio exterior sujeta a reembolso, siempre que no se haya obtenido para el endeudamiento exterior autorización expresa conforme a las normas del régimen de control de cambios.

El Superintendente advierte que no se aceptan operaciones que no se ajusten a las normas cambiarias colombianas.

De la relación anterior de las distintas situaciones que se pueden presentar el señor Superintendente Bancario advierte que los acreedores extranjeros no tienen que concurrir con los demás acreedores de la masa de la liquidación, incluso en la instrucción señalada en el artículo 3° y que aquellas acreencias que no se

puede identificar con determinado activo en moneda extranjera, concurren en una masa de bienes en moneda extranjera, sólo que solamente se podrá repartir hasta el límite de lo recaudado. La acusación es, precisamente en este punto, ya que conforme a los artículos 7°, numerales 3° de los Decretos 2216 y 2217 de 1982, "integran la masa de la liquidación todos los bienes actuales y futuros de la entidad".

"Además de lo dispuesto en los artículos 1154 y 1399 del Código de Comercio *no formarán parte de la masa de la liquidación:*

"7°.- Las cantidades que se adeuden a la entidad intervenida y se encuentren afectas a una finalidad específica por corresponder a obligaciones contraidas por ella por cuenta de un tercero, si de ello hubiere por lo menos un principio de prueba escrito y los documentos que obren en su poder, aunque no estén otorgados a favor del comitente, siempre que se compruebe que la obligación proviene de una comisión o fideicomiso y que los tiene por cuenta del comitente o fideicomiso", de donde aparece clara la violación de la norma demandada que solo excluye de la masa de liquidación las cantidades que recauden y no toda la obligación como lo prevee la norma superior. Cabe por ello suspender provisionalmente la frase final de la instrucción 3a. de la Circular Externa D No. 020 de marzo 9 de 1983, que dice: "Hasta la cuantía en la cual dicha masa permita satisfacerlos", por cuanto limita la exclusión de la masa de liquidación en moneda extranjera, de los créditos en estas monedas, no al total de tales obligaciones sino sólo "las cantidades de dicha masa que permita satisfacerlos".

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

RESUELVE:

1o. Admítase la demanda instaurada por los Doctores IGNACIO CHIAPPE LEMOS y CONSUELO AGUIRRE SILVA en su nombre personal; no se admite como Personeros del Banco de Iberoamérica S.A., domiciliado en Panamá, República del mismo nombre.

2o. Notifíquese al Fiscal y al señor Doctor NESTOR HUMBERTO MARTINEZ NEIRA, Superintendente Bancario.

3o. Ofíciese a la Superintendencia Bancaria para que remita los antecedentes Administrativos en caso de que los hubiere.

4o. Decrétase la Suspensión Provisional de la frase final de la tercera instrucción de la Circular Externa D-No. 020 de marzo 9 de 1983, expedida por el señor Superintendente Bancario, que dice: "Hasta la cuantía de la cual dicha masa permite satisfacerlos".

5o. Fíjese en lista por el término legal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA - Régimen Aplicable/ **EXCEPCIONES**

La intervención de la Jurisdicción Contenciosa se limita al control de la Resolución que resuelve las excepciones, ya que los incidentes de nulidad o las apelaciones en este proceso ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta la Administración, reglada en el Decreto 2503 de 1987 y reproducida por el Decreto 624 de 1989 se decidirán por la misma autoridad administrativa o por su inmediato superior; según sea el acto impugnado. Así pues, se deberá tener en cuenta para efecto de pronunciamiento del cobro coactivo que adelanta la Administración de Impuestos Nacionales lo establecido en los artículos 100 y siguientes del Decreto 2503 y en el artículo 823 y siguientes del Decreto 624 de 1989 de suerte que el cobro coactivo es un procedimiento administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D. E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3072. Actor: Agropecuaria la García Ltda. C/ Administración de Impuestos Nacionales. Apelación Interlocutorios. AUTO.

Se decide el recurso de apelación contra el auto de 25 de mayo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el cual se inadmitió la demanda presentada por la Sociedad "AGOPECUARIA LA GARCIA LTDA.", en juicio de restablecimiento del derecho.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, División de Cobranzas, Grupo No. 3, profirió la Resolución No. 117 de 6 de octubre de 1989, en ella resolvió no declarar la nulidad alegada por la sociedad "La Agropecuaria García Ltda." con Nit. 90.904.600 dictado en un juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva.

Contra la anterior Resolución, el apoderado de la sociedad interpuso recurso de apelación del que desistió posteriormente en escrito visible a folio 6 del expediente. Este desistimiento fue aceptado por la División de Recursos Tributarios, en auto No. 0369 de 16 de noviembre de 1989. Contra este último auto el apoderado presentó recurso de reposición ya que su desistimiento contra el auto No. 117 de 6 de octubre de 1989, estaba condicionado a que se aclarara, modificara o corrigiera el auto No. 369 de 16 de noviembre de 1989, en el sentido de levantar el embargo de las acciones y aportes que posee la sociedad, en Uniban S.A. y el Grupo 20 Ltda., por cuanto se aceptó el desistimiento sin el desembargo pedido o a cuyo levantamiento se había condicionando. Este recurso fue resuelto con auto No. 0024 de 21 de diciembre de 1989, negativamente y confirmó el auto recurrido en repósición (auto No. 369 de 16 de noviembre de 1989).

La sociedad acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual pretende que el referido Tribunal decretara la nulidad de la resolución No. 117 de 6 de octubre de 1989, que desató el incidente, de nulidad propuesto por la sociedad de auto No. 369 de de noviembre 6 de 1989, que concedió el desistimiento del recurso de apelación, y la Resolución No. 024 de 21 de diciembre de 1989 que resolvió el Recurso de Reposición en el cual se confirma la aceptación del desistimiento.

En auto de 25 de mayo (auto apelado ante esta Corporación), el Tribunal inadmitió la demanda "por falta de jurisdicción". El Tribunal se refirió al Decreto No. 2503 de 1987, artículo 113, el que fue recopilado textualmente por el nuevo Estatuto Tributario. (Decreto 624/89, en su artículo 835).

Este artículo en el cual se funda el Tribunal para inadmitir la demanda considera que los actos impugnados estan excluidos del control de la jurisdicción administrativa.

En efecto el artículo 835 del Estatuto Tributario en el cual funda su decisión el Tribunal, expresa:

"Artículo 835: Intervención del Contencioso Administrativo".

> Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El proceso coactivo que adelanta la Administración Nacional de Impuestos, para el respectivo cobro de deudas fiscales, tiene un procedimiento definido en los Decretos 01 de 1984; y 2503 de 1987 o el 624 de 1989 aplicable los dos últimos según la fecha del respectivo cobro del impuesto.

Al cobro coactivo, en materia de impuestos del orden Nacional le es aplicable lo dispuesto en el Decreto 2503 de 1987, o en el Decreto 624 de 1989, según la fecha de iniciación del respectivo cobro del impuesto, y las normas del Código de Procedimiento Civil, cuya aplicación supletoria es posible cuando se presenten vacíos en el Estatuto Tributario, ya que es éste último la norma especial aplicable.

Para el caso de cobro coactivo por parte de la Administración Nacional de Impuestos, se debe dar aplicación por ser norma de procedimiento y por tanto de obligatorio cumplimiento, el artículo 113 del Decreto 2503 de 1987, recopilado por el 835 de 1989, que expresa:

> "Sólo serán demandables ante la jurisdicción contenciosa administrativa *las resoluciones que fallan las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución...*".

La norma antes citada limita la intervención de la Jurisdicción Contenciosa solo al control de la Resolución que resuelve las excepciones, ya que los incidentes de nulidad o las apelaciones en este proceso ejecutivo que por juridicción coactiva adelanta la Administración, reglada en el Decreto 2503 de 1987 y reproducida por el Decreto 624 de 1989, se decidirán por la misma autoridad administrativa o por su inmediato superior, según sea el acto impugnado. Así pues, se deberá tener en cuenta para efecto de pronunciamiento del cobro coactivo que adelanta la Administración de Impuestos Nacionales lo establecido en los Artículos 100 y siguientes del Decreto 2503 y en el Artículo 823 y siguientes del Decreto 624 de 1989, de suerte que el cobro coactivo es un procedimiento administrativo. Por tanto, se ajusta la decisión del Tribunal de Antioquia en el auto apelado cuando declaró la incompetencia, y por ello procede su confirmación.

Por lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

CONFIRMASE EL AUTO APELADO, de 25 de mayo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese, 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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ENCAJE BANCARIO/ POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA/ PRESUNCION DE LEGALIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos/ **SUPERINTENDENCIA BANCARIA** - Facultades

Estando vigente cuando ocurrió el desencaje, el artículo 1° del Decreto 1412/79, su aplicación era obligatoria y lo fue hasta cuando fue derogado por el artículo 4° del Decreto 880/82. Las sentencias de nulidad tienen efecto *erga omnes* en relación con el acto administrativo de carácter general anulado, pero sus efectos no pueden aplicarse, por vía exceptiva, a otros actos administrativos que aunque de igual origen, no han sido demandados, porque si así fuera, se desconocería la presunción de legalidad. En cuanto a la imposición de sanciones por parte de la Superintendencia Bancaria por desencaje legal, cuando las cifras reveladas por la entidad financiera reflejen el desencaje, no hay lugar a pedir explicaciones, como sí lo hay cuando la situación de desencaje no resulte de las cifras de los estados financieros, los que deben considerarse como fiel reflejo de la contabilidad.

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 1112. Actor: Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena C/ Superbancaria. Autoridades Nacionales. -FALLO-.

La Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena por conducto de apoderado judicial presentó nueva demanda de conformidad con el precepto del artículo 1° parágrafo del Decreto 3825 de 1985 contra La Nación (SUPERINTENDENCIA BANCARIA) para que previo el trámite del juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1o. Que se declare la nulidad de las resoluciones números 4956 de 16 de agosto de 1979 por la cual se impuso a la demandante, por el señor Superinten-

dente Bancario, una multa de $ 4'261.609.48 por defectos de encaje durante el mes de mayo de 1979 la cual fue confirmada por Resolución 6.208 de 19 de octubre, del mismo año.

2o. Que para restablecer el derecho violado y reparar el daño, se declare que la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena no está obigada al pago de la sanción que le fue impuesta en los actos impugnados.

3o. Que en consecuencia se ordene la devolución de los dineros pagados por la Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena en cumplimiento de lo ordenado en tales actos.

4o. Que se profiera condena en forma genérica y se proceda al ajuste de valor de esos dineros tomando como base los índices de precios al consumidor o al por mayor y se liquiden los intereses que se hubiesen causado hasta entonces, todo ello mediante el procedimiento y de conformidad con lo establecido en los artículos 172 y 178 del Código Contencioso Administrativo y 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil.

5o. Que se disponga que las cantidades líquidas a cuya devolución y pago fuere condenada la Nación devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que lo disponga y moratorios después de ese término.

En cuanto a los hechos, el actor relata lo siguiente:

a) Mediante la Resolución No. 4956 de 16 de agosto de 1979, la Superintendencia Bancaria impuso a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena sanción pecuniaria a favor del Tesoro Nacional por valor de $ 4'261.609.48 por defectos de encaje en que, según se afirma en la mencionada resolución, incurrió la demandante durante el mes de mayo de 1979, por cuanto estimó la Superintendencia Bancaria que "COLMENA" debió constituir encajes sobre los dineros que le fueron entregados en depósito mediante Certificados de Ahorro de Valor Constante, Cuentas de Ahorro de Valor Constante y depósitos ordinarios, en los porcentajes establecidos en el artículo 1° del Decreto 1412 de 1979. La superintendencia calculó el encaje requerido dando aplicación a los artículos 12 y 13 de la Resolución 30 de marzo 28 de 1979 proferida por la Junta Monetaria, esto es, con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje registradas durante los días hábiles del mes, determinando que el encaje requerido durante el mes de mayo de 1979 presentó defecto por un total de $5'184.957.000.oo y aplicando el artículo 14 de la mencionada resolución que autoriza sancionar le impuso multa a favor del Tesoro Nacional del 2.5% sobre el total de los días hábiles del respectivo mes, la que ascendió a $4'261.609.48 en la Resolución inicial la que fue recurrida y confirmada por Resolución No. 6.208 de 19 de octubre de 1979 quedando agotada la vía gubernativa, multa que fue pagada como consta en el recibo AT-129658 de 29 de febrero de 1980, expedido por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Por tal razón la Corporación Social de Ahorro y Vivienda "COLMENA", instauró acción de plena jurisdicción con base en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 demandando la nulidad de los actos de la Superintendencia Bancaria el 2 de mayo de 1980, la que fue admitida y tramitada; el proceso se encontraba en la Secretaría según lo había ordenado la Sala en espera de fallo de la demanda de los artículos 12 y 13 de la Resolución 30 de 28 de marzo de a.979 de la Junta Monetaria que presentaron los Doctores Rodrigo Noguera Laborde y Mario Alario Mendez, sentencia que se produjo el 29 de junio de 1984 negando la nulidad solicitada; el 6 de noviembre de 1985 el expediente fue incinerado en el incendio del Palacio de Justicia.

b) En relación con los fundamentos de derecho, el demandante expuso los siguientes:

1. Como generalidades, expuso que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda son establecimientos de crédito que tienen por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro privado para prestarlos a la industria de la construcción según los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 677/78 y 1° y 2° del Decreto 678/79; por ello están obligadas al encaje legal que es el porcentaje de los pasivos que deben mantener en depósito en el banco de emisión; por tanto, sustrayendo del valor total depositado en el banco de emisión el valor del encaje requerido, resultante de aplicar sobre los pasivos del establecimiento los porcentajes establecidos legalmente, se obtiene una cantidad, positiva o negativa, que constituye el exceso o el defecto de encaje, según lo expone Fernando Gaviria Cadavid en su obra "Moneda, Banca y Teoría Monetaria".

Y, así se tiene que si conforme a la ley, un establecimiento de crédito debe constituír un encaje del 10% sobre depósitos, ese es el encaje legal y el encaje requerido es el que resulta de aplicar el porcentaje anterior a los depósitos, de suerte que si los depósitos son de $100.000.000, el encaje requerido será de $10.000.000. Así las cosas, la posición negativa o positiva de encaje resulta de comparar ese encaje requerido con la cantidad que efectivamente se tenga en depósito en el banco de emisión.

Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben constituír el encaje en el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI) del Banco de la República conforme a los artículos 6° del Decreto 677/72, 14, inciso 3° del Decreto 678 de 1984, 7° parágrafo del Decreto 1414 de 1976 y 1° y 2° del Decreto 676 de 1977 como segundo punto plantea la nulidad de los artículo 12 y 13 de la Resolución 30 de 28 de marzo de 1979 y pide aplicación preferente del artículo 6°, segundo inciso del Decreto 1728/74; el actor hace la siguiente relación de disposiciones vigentes sobre el punto debatido hasta cuando se dictó la resolución 30 de 28 de marzo de 1979 de la Junta Monetaria, así:

Por el artículo 6° del Decreto 1728/74, se dispuso que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, para garantizar su liquidez constituirán encaje del 10% sobre depósito a término y de 15% sobre depósitos en cuentas de ahorro, dispo-

niendo en el segundo inciso, que para determinar el encaje, las tasas respectivas, se aplicarán sobre los saldos correspondientes al término de cada mes.

Dice que el artículo 1° del Decreto 1414 de 1976 autoriza a dichas Corporaciones para recibir depósitos ordinarios y en el artículo 7° del mismo decreto se estableció un encaje para tales depósitos del 15%. Posteriormente por el artículo 1° del Decreto 676/77 y a partir del 1o. de abril de ese año, se elevó en cinco (5) puntos la tasa del encaje sobre depósitos a término y en cuentas de ahorro, quedando así el encaje en 15% y 20% respectivamente. El artículo 1° del Decreto 1412 de 1979 redujo el procentaje sobre depósitos en cuentas de ahorro y depósitos a término al 13% y 10%, respectivamente, conservándose la tasa del 15% señalada en el artículo 7° del Decreto 1414 de 1976 para los depósitos ordinarios, pero ninguno de los decretos citados modificó el sistema de cómputo señalado en el segundo inciso del artículo 6° del Decreto 1728/74, en cuanto que para determinar el encaje requerido, la tasa respectiva sea aplicada sobre los saldos al término de cada mes; agrega, que es cierto que el artículo anterior se refería sólo a depósitos a término y cuentas de ahorro porque al momento de su expedición sólo estaban autorizadas para recibir depósitos por estos conceptos, pero posteriormente por el Decreto 1414 de 1976 fueron autorizadas para recibir depósitos ordinarios, estableciéndose tácitamente el mismo procedimiento en la determinación del encaje porque tampoco se señaló uno distinto. Esa era la situación hasta cuando se expidió la Resolución No. 30 de marzo 28 de 1979 expedida por la Junta Monetaria, aduciendo el ejercicio de facultades legales y especialmente las conferidas en el Decreto 2206 de 1963, en concordancia con los artículos 9° y 10 del Decreto 677/72 y 11 del Decreto 359 de 1973, dictó la citada resolución 30, disponiendo en los artículos 12 y 13 lo siguiente:

"ARTICULO 12."

"La posición de encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda sobre depósitos a término, cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios, a que se refiere el artículo 6° del Decreto 1728 de 1974, el artículo 7° del Decreto 1414 de 1976 y el artículo 1° del Decreto 676 de 1977, se determinará para cada día en la siguiente forma: el encaje requerido se calculará con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje que registre la respectiva institución durante los días hábiles de cada mes calendario. La cifra así determinada se comparará con las cifras diarias de las disponibilidades computables que presente la Corporación durante el mismo período mensual".

"ARTICULO 13."

"El exceso o defecto diario de encaje se determinará de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior. En estas condiciones se entiende que existe situación de desencaje o posición negativa de encaje cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios sobrepasa la suma de los excesos diarios de encaje."

"Para efectos de este artículo se entiende como disponibilidades computables las inversiones en obligaciones de calor constante, sin interés, emitidas por el Fondo de Ahorro y Vivienda y los depósitos sin interés, mantenidos en el mismo FAVI".

Argumenta el señor apoderado de la sociedad demandante que las disposiciones transcritas de la resolución 30 de 28 de marzo de 1979 violan directamente los artículos 6°, segundo inciso, del Decreto 1728/74 y 120, numeral 14, de la Constitución Nacional en cuyo ejercicio fue expedido el citado Decreto 1728/74 al señalar un procedimiento distinto para la determinación del encaje. Y agrega que mientras el artículo 6° del Decreto 1728/74 dispuso que el encaje se determinaría sobre los saldos correspondientes al término de cada mes, es decir, el último día de cada mes, los artículos 12 y 13 transcritos, establecieron que el encaje se deduciría de los saldos diarios de cada uno de ellos, y, todos ellos durante el respectivo mes, y para demostrar que se varió el procedimiento razona expresando que mediante la Ley 21 de 1963, artículo 5°, fue creada la Junta Monetaria con el encargo de estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de créditos que correspondan a la Junta Directiva del Banco de la República y se autorizó al Gobierno Nacional para proceder a su organización; determinar quienes debían integrarla y convenir con el Banco de la República las modificaciones de los contratos que tenía celebrado, y en ejercicio de tales autorizaciones se expidió el Decreto 2206 de 1963, en cuyo artículo 1° se estableció su integración; por el 2° fue facultada para designar dos expertos para que la asesoren en el cumplimiento de sus funciones. Otras disposiciones legales posteriores reestructuraron la Junta Monetaria con otros funcionarios.

Compete, además, a la Junta Monetaria conforme al artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, fijar, variar y reglamentar el encaje de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término, y señalar sistema de cómputo para liquidar tales encajes, establecer y definir infracciones a las normas sobre encaje y establecer sanciones por el incumplimiento de las mismas disposiciones declarada exequible por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de diciembre de 1973, (que aparece publicada en Foro Colombiano, año 5°, Tomo IX, número 54 de diciembre de 1973).

El actor trata el tema relativo a las atribuciones del Presidente de la República conforme al numeral 14 del artículo 120 de la Constitución frente a las que la ley atribuyó a la Junta Monetaria, en los siguientes términos:

"No es del caso volver sobre el tema acerca de la naturaleza de las atribuciones de que trata el numeral 14 del artículo 120 ni de los decretos que en su ejercicio expida el Gobierno, pues ello ha sido ya definido, profusamente, por el Consejo de Estado; bástenos, para el caso, con repetir que es atribución constitucional propia del Presidente de la República intervenir las *actividades* de las personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado; tal es

la precisa limitación material de la atribución referida y tal el ámbito de la intervención y su poder normativo". (Las subrayas son del texto).

"Lo relativo al *encaje* de las entidades de crédito toca, ciertamente con las *actividades* de las mismas, pues determina por consiguiente la porción de tales depósitos que debe conservarse en el Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI) del Banco de la República, en nuestro caso y determina por consiguiente la porción de tales depósitos que pueden esas entidades utilizar en sus operaciones de crédito. Siendo así, entonces, es claro que ello es materia, principalmente, de la atribución de que trata el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, y así lo expresó el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando afirmó que las exigencias sobre capital, reservas y encajes tienden a garantizar la solvencia y liquidez de las personas a que se refieren *con la finalidad del artículo 120, Numeral 14, Constitucional* (Sent. 6 de octubre de 1976, Foro Colombiano, Año 8°, Tomo 8°; Tomo XV, noviembre de 1976, numero 89, págs. 481 y 482). (Lo subrayado es del texto).

"Entonces es atribución de la Junta Monetaria, según el precepto del artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1973, fijar, variar y reglamentar el encaje de las entidades que reciban depósitos a la vista o a término, señalar sistemas de cómputo para liquidar encaje y las sanciones por el incumplimiento de las mismas".

"Y es atribución constitucional propia del Presidente de la República intervenir cuando fuere necesario en las actividades de las personas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos prove-nientes del ahorro privado, según lo establecido en el artículo 120, numeral 14, de la Constitución Nacional".

"No puede el Presidente, en ejercicio de tal atribución, por no permitirlo, así el ordenamiento constitucional, derogar o modificar las potestades de que dispone la Junta Monetaria por mandato de la Ley. Pero no es menos cierto que tampoco puede la ley derogar o modificar la atribución que la propia Constitución ha encomendado al Presidente de la República para intervenir las actividades de los intermediarios financieros, lo cual, como es obvio, sólo sería posible mediante la reforma de la Constitución".

"De manera que una y otra facultades, la del artículo 120, numeral 14, de la Constitución, y la del artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1973, coexisten, paralelamente, armonicamente".

Y concluye afirmando:

"Así las cosas, la Junta Monetaria, que tiene el carácter de organismo administrativo, integrante de la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como asesor suyo para la coordinación y decisión de asuntos

especiales, compuesta por agentes del Presidente de la República, en ejercicio de las atribuciones que le son propias, como la vista, *ha de ceñirse a lo dispuesto por el Presidente de la República,* suprema autoridad administrativa, en ejercicio de las atribuciones que le ha deferido la Constitución". (Lo subrayado no es del texto).

En el párrafo siguiente insiste en que la Junta Monetaria por ser de carácter administrativo, no puede desconocer lo dispuesto por el Presidente de República, que es la Suprema autoridad administrativa.

Más adelante textualmente dice el demandante:

"De manera que al señalar sistemas para la determinación del encaje mediante los artículos 12 y 13 de la resolución número 30 de 28 de marzo de 1979, la Junta Monetaria debió ceñirse a las pautas que le fueron dadas al respecto por el Presidente de la República mediante el artículo 6°, segundo inciso, del Decreto 1728 de 1974 y así no lo hizo. Es claro que no es lo mismo para determinar el encaje, *aplicar la tasa respectiva sobre los saldos correspondientes al término de cada mes,* como se dispuso en el artículo 6°, segundo inciso del Decreto 1728 de 1974, *que determinarlo para cada día con base en las exigibilidades sujetas a encaje durante los días hábiles de cada mes calendario*, como se dispuso mediante lo artículos 12 y 13, de la Resolución número 30 de 28 de mayo de 1979; *aquel sistema supone que el encaje se determine sobre los saldos del término de cada mes, esto es, sobre los saldos del último día,* en tanto que las disposiciones de la Junta Monetaria señalan que *ese encaje ha de deducirse de cada uno de los saldos diarios y de todos ellos, durante el respectivo mes,* lo que no es igual". (Lo subrayado es del texto).

"De manera que como quiera que las resoluciones números 4956 de 16 de agosto y 6208 de 19 de octubre, ambas de 1979, proferidas por la Superintendencia Bancaria, constituyen aplicación de disposiciones nulas, son ellas mismas nulas, y así estoy solicitando sea declarado y, en consecuencia, el restablecimiento del derecho que fue desconocido".

El tercer aspecto de la demanda trata, de la "ilegalidad del artículo 1° de decreto 1412 de 1979, y la aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la ley 7a. de 1973.

La argumentación de la demanda en este aspecto, como el actor lo advierte es contraria a la del cargo anterior, pero advierte el actor que "recoge el criterio expuesto por esa Sala en sus sentencias de 18 y 29 de junio y 23 de noviembre de 1984, expedientes acumulados 6444 y 6541; 6308, 6381 acumulados, y 1141, respectivamente.

Alega el demandate que en la resolución número 4956 de 16 de agosto de 1979, expresó la Superintendencia Bancaria que el encaje que debían contitituir

las Corporaciones de Ahorro y Vivienda sobre las captaciones mediante certificados de ahorro de valor constante, cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios, fue señalado en el artículo 1° del Decreto 1412 de 1979, el dice:

"Artículo 1°. "Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deberán mantener un encaje representado en obligaciones de valor constante, sin interés, emitidas por el FAVI, en los siguientes porcentajes:"

"a) El 13 por ciento sobre los depósitos en cuentas de ahorro de valor constante;"

"b) El 10 por ciento sobre los depósitos en certificados de valor constante.".

"PARAGRAFO: Sobre los depósitos ordinarios las corporaciones continuarán manteniendo el porcentaje de encaje del 15 por ciento señalado en el artículo 7° del Decreto 1414 de 1976".

Afirma la demanda que por no haber constituido Colmena el encaje señalado en esta disposición y calculado conforme a los artículos 12 y 13 de la resolución 30/79 le fue impuesta una sanción pecuniaria igual al 2.5% mensual liquidado sobre saldos diarios, según el artículo 14 de la resolución 30 de 28 de marzo de 1979.

En desarrollo del nuevo argumento y con base en la doctrina del Consejo de Estado contenida en sentencias de 28 y 29 de junio de 1984 expedientes acumulados 6444 y 6541 acumulados y 6308 y 6381, también acumulados y de 23 de noviembre de 1984, expediente No. 7747 según la cual es competencia de la Junta Monetaria, fijar, variar y reglamentar el encaje de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término, así como señalar los sistemas de cómputo para liquidar los encajes, establecer y definir infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer sanciones por su incumplimiento, en virtud de lo estipulado en el artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1973, expedida por el Congreso en desarrollo del numeral 15 del artículo 76 de la Constitución, en virtud del cual es competencia del Congreso Nacional la facultad de fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda, por lo que debe concluírse que no podía el Gobierno fijar, variar, ni reglamentar el encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda ni de ninguna entidad que recibe depósitos a la vista o a término, de lo cual deriva la nulidad del artículo 1° del Decreto 1412 de 1979 y de todas aquellas disposiciones mediante las cuales el Gobierno hubiere fijado, variado o reglamentado el encaje de las entidades de crédito por lo cual devienen nulas las resoluciones 4956 de 16 de agosto y 6208 de 19 de octubre ambas de 1979 por cuanto fueron proferidas con base en el Decreto 1412/79; por tanto, no podía haber sancionado por desencaje si no existía disposición que lo fijara.

La Junta Monetaria el 16 de agosto de 1979 dictó la resolución No. 53 en cuyo artículo 2°, señaló un sistema de cómputo para determinar el encaje de las

Corporaciones de Ahorro y Vivienda. En ejercicio de la acción de nulidad se demandó del Consejo de Estado que declarara la nulidad de la Resolución 53 de agosto de 1979, considerándola violatoria del artículo 6° inciso 2° del Decreto 1728 de 1974 que había señalado un sistema de cómputo diferente y por ser violatoria, además, del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional; la corporación, no accedió a declarar la nulidad y dijo:

"El tema principal a decidir es el relativo a las facultades de la Junta Monetaria en relación con el manejo de la política monetaria y especialmente del crédito y los encajes de bancos y demás intermediarias financieras, tienen por fuente Constitucional normas originaria del Congreso Nacional, o si la reglamentación de esta materia corresponde exclusivamente al Presidente de la República, conforme al numeral 14 del artículo 120 de la Constitución. La cuestión, en verdad, no es nueva, puesto que ha sido objeto de decisión en la Corte al declarar que son exequibles los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 7a. de 1973 y 24, inciso 1°, literales a) y d), en sentencia dictada en Sala Constitucional y por lo mismo de Sala Plena de fecha 15 de diciembre de 1975.

"El fundamento constitucional de dicha sentencia está en lo fundamental en que conforme al artículo 76-15 de la Constitución corresponde al Congreso Nacional:

"Fijar la ley, tipo y denominación de la moneda, en lo cual consiste el ejercicio de la soberanía monetaria; que el control y ejecución de la política monetaria se cumple a través de los organismos que son la Junta Monetaria, creada por la Ley 21 de 1963, artículo 5° en el cual se dispuso:

"Artículo 5°: Créase una Junta Monetaria encargada de:

a) Estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones vigentes, correspondan al Banco de la República, y,

b) Ejercer las demás funciones complementarias que se le adscriban por el Gobierno Nacional y en el futuro por mandato de Ley.

"Se concedieron además, en esta ley, autorizaciones al Gobierno Nacional para proceder a su organización, etc., en desarrollo de las cuales el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2206 de 20 de septiembre de 1963 que ratificó la competencia de la Junta Monetaria en cuanto al estudio y adopción de la política monetaria, cambiaria y de crédito del país, sustituyendo en esta materia a la Junta Directiva del Banco de la República, y en desarrollo de tales competencias la Junta Monetaria está facultada para ejercer las siguientes funciones: señalar las pautas sobre el encaje de las instituciones bancarias; el volumen total de los préstamos de las instituciones de crédito y las

tasas máximas de interés o descuento de las mismas. Concluye la Corte en este punto de la sentencia:

"De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluir que la adopción y dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva está encomendada a la Junta Monetaria, por decisión soberana y privativa del Congreso, y como expresión democrática de la voluntad popular; lo cual se refuerza con el hecho probado de que la misma ley impugnada hacen parte los artículos 23 y 24 que amplían la competencia".

"El artículo 23 de la citada Ley 7a. de 1973, declarado exequible por el Tribunal con competencia constitucional para hacerlo, como es la Corte, expresa:

"Artículo 23. Adiciónanse las facultades encomendadas a la Junta Monetaria con las siguientes:

a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, de ahorro, corporaciones financieras, *y en general de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a términos*; establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de actividades que se quieran fomentar o desalentar; *señalar sistemas de cómputo para liquidar encajes* y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encajes. Así como establecer sanciones por el incumplimiento de las mismas" (Subrayas de la Sala).

"Y es bien sabido que las corporaciones de ahorro y vivienda reciben depósitos a términos y a la vista por disposición de decretos de ejecución por lo cual no es difícil concluir que ellas están comprendidas entre las entidades a las cuales se refiere el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, y por lo mismo, sometidas a las normas que sobre encaje legal dicte la Junta Monetaria que es el órgano oficial a través del cual el Estado Colombiano ejerce la sabiduría monetaria".

"Por otra parte, los decretos que dicte el Presidente de la República con fundamento en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, son decretos administrativos y por lo mismo no tienen fuerza de ley, en sentido material, ya que tales decretos los dicta el Jefe del Estado, como "Suprema Autoridad Administrativa", aunque es verdad que como atribución Constitucional propia, según la reforma constitucional de 1968; además, tampoco la Constitución relaciona como decretos con fuerza material los que dicte el Gobierno Nacional con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, por lo cual la doctrina los llama reglamentos constitucionales autónomos, siendo por lo mismo atribución del Congreso Nacional todo lo relativo a "fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda", conforme al artículo 76-15 de la Constitución, lo que incluye naturalmente el control del flujo de moneda y de los cuasidineros en circulación para cuya regulación se creó por el Legislador la Junta Monetaria (Consejo de Estado-Sala de lo Conten-

cioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 18 de junio de 1984 Expedientes Acumulados 6444 y 6451)."

A lo anterior el demandante agrega lo expuesto por la Sala en sentencia de 29 de junio de 1984, expedientes Nos. 6308 y 6381 Acumulados, Sala Contenciosa, Sección Cuarta, que decidió la legalidad de los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 28 de marzo de 1979, en la que se agregó, a lo antes expuesto:

"Del relato que antecede de la relación procesal, sin esfuerzo aparece muy clara la materia que debe decidirse y la que a juicio la Sala es muy concreta. Se trata de establecer si todo lo que tenga que ver con la regulación de la moneda y de los medios de pago en general, son materia para su regulación de competencia del Congreso Nacional o si ella y en particular lo relativo a las corporaciones de ahorro y vivienda, es competencia exclusiva y excluyente del Presidente de la República en virtud de lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución" .

"Si bien es que las corporaciones de ahorro y vivienda fueron autorizadas por decretos del Presidente de la República dictados con base en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución y que decretos posteriores del mismo origen regularon lo relativo al encaje de dichas corporaciones, es también evidente que es el Congreso Nacional el depositario de la soberanía monetaria conforme al artículo 76, numeral 15, de la Constitución Política de la República y que es a este órgano del poder público a quien le está atribuida la función legislativa en todos los órdenes como función propia conforme al artículo 76 de la Constitución Política y concretamente en el numeral 15 se le faculta para "Fijar la ley, peso, tipo y denominación de la moneda", que hay que entender que es no sólo de la metálica, sino de todos los medios que sirven para facilitar el intercambio económico como el billete de banco y los llamados cuasidineros, por lo que la cantidad en circulación de los medios de pago es esencial en el manejo de la inflación, siendo por lo mismo eficaz instrumento para esta regulación la fijación del encaje de bancos y demás intermediarios financieros incluidas las corporaciones de ahorro y vivienda, ya que están autorizadas para recibir no sólo depósitos en cuentas de ahorro, sino también depósitos a términos y ordinarios conforme a los artículos 2o. del Decreto 678 de 1972 y 1o. del Decreto 1414 de 1979, por lo cual debe considerarse que tales corporaciones están comprendidas en la enumeración del artículo 23, literal a), de la ley 7a. de 1973... (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 junio de 1984; Consejero Ponente doctor Carmelo Martínez Conn, expediente 6308 y 6381, acumulados)".

"Nuevamente se pronunció el Consejo de Estado sobre el asunto en sentencia mediante la cual declaró la nulidad del artículo 3° del Decreto 252 de 1980. Dijo así el Consejo de Estado:"

"Esta Corporación se ha pronunciado sonre (sic) el tema y fijado su criterio al respecto en demandas en las que se hicieron planteamientos distintos como es el de la competencia para fijar el encaje bancario y las sanciones administrativas por violación de sus disposiciones...".

"..."

"De suerte que *el Presidente no puede con base en la facultad del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución dictar normas relativas a esa materia,* pues de todos es conocido que el encaje legal de los bancos y demás instituciones financieras está dirigido no sólo a preservar su liquidez, sino que es principalmente un instrumento de regulación del volumen de los medios de pago en circulación. En efecto, con fecha 18 de junio del año en curso, en sentencia por la cual se puso fin a los procesos acumulados 6444 y 6451 en esta ocasión la Sala expresó:

"Así las cosas, es el caso de anular la norma demandada por las razones expuestas en esta providencia, que esencialmente radican en la consideración de que la Constitución reservó al legislador la materia relacionada con el manejo de la moneda. Se hará pronunciamiento de fondo *puesto que todo lo relacionado con el encaje legal de las instituciones financieras es atribución de la Junta Monetaria* (subrayé), como lo decidió la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de diciembre de 1973 en sede constitucional en la que se declaró exequible los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 7a. de 1973, y el 24, inciso lo., literales a) y d). (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de noviembre de 1984; Consejero Ponente Carmelo Martínez Conn, expediente 7747)."

En razón de la doctrina anterior, continúa el actor, el Gobierno Nacional dictó el Decreto No. 2656 de 26 de octubre de 1984, en el cual se expuso en los "Considerandos":

"Que en recientes providencias, el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la legalidad de las normas expedidas por la Junta Monetaria relativas al encaje de las Corporaciones de Ahorro y Viviendas y "que ese organismo ha asumido la regulación de dicha materia al expedir la resolución número 75 de 5 de octubre del presente año".

"DECRETA:"

"Artículo lo.- Deróganse el 7° del Decreto 1414 de 1976 los artículos 1° y 5° del Decreto 252 de 1980, el artículo 4° del Decreto 880 de 1982, el artículo 2° del Decreto 1958 de 1982, el parágrafo del artículo 16 del Decreto 2928 de 1982, el parágrafo del artículo 2° del Decreto 2929 de 1982 y el Decreto 1514 de 1984."

Precisa la demanda que si el artículo 1° del Decreto 1412 de 1979 no quedó comprendido entre los derogados, fue porque ya lo había sido por el artículo 4° del Decreto 880 de 30 de marzo de 1982 que también se derogó expresamente en este Decreto.

Antes la Junta Monetaria había dictado el 5 de octubre de 1984 la Resolución 75 mediante la cual dictó normas sobre encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, porcentajes, composición y determinación de la posición de encaje y sanciones, por todo lo cual concluye que es nulo el artículo del Decreto 1412 de 1979 deviniendo nulas las resoluciones que impugna dictadas por la Superintendencia Bancaria.

Plantea también la demanda la violación del derecho de defensa y del debido proceso, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, y, agrega, en consecuencia, que la Superintendencia Bancaria debió oir previamente a Colmena, porque de no hacerlo así viola el derecho de defensa; pero no lo hizo así y procedió a imponer sanción a Colmena por desencaje.

Admitida la nueva demanda, fue notificada la Superintendencia Bancaria la que se opuso a su admisión alegando que si bien los hechos son los mismos de la demanda inicial, el petitum y los fundamentos jurídicos fueron "ostensiblemente aumentados por lo cual interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto el 14 de agosto de 1987, decidiendo que el parágrafo del artículo 1° del Decreto 3825 de 27 de diciembre de 1985, daba opción al demandante para pedir la reconstrucción del expediente o formular nueva demanda y que por nueva demanda, no debe entenderse la reproducción de la misma con que se inició el proceso destruido en el incendio del Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985, pero con fundamento en los mismos hechos.

Al contestar la demanda la Superintendencia Bancaria manifiesta que se opone a que se reconozcan las pretensiones de la misma y en cuanto a los hechos, expresa que la Superintendencia Bancaria impuso una sanción pecuniaria por $4.261.609,48 a Colmena por los defectos de encaje en que incurrió el mes de mayo de 1979, con base en el artículo 14 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria mediante la Resolución 4956 del 16 agosto de 1979, confirmada después por Resolución 6208 del 19 de octubre de 1979, sanción que fue pagada, como consta en el recibo oficial AI-129658 de febrero 29 de 1980. Y en cuanto al argumento de fondo, el apoderado de la Superintendencia Bancaria, hace énfasis en la presunción de legalidad de que goza la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria que hace obligatorias sus determinaciones, tanto para la administración como para los administrados y que sus efectos se extendieron desde el 28 de marzo de 1979, fecha de su expedición, hasta el 16 de noviembre de 1979, fecha en cual se suspendió provisionalmente sus efectos jurídicos por el Consejo de Estado, pero su observancia es obligatoria desde su expedición hasta cuando fue suspendida.

En relación con la ilegalidad del artículo 1° del Decreto 1412 de 1979 y la aplicación preferente del artículo 23 de la Ley 7a de 1973, el apoderado judicial de la Superintendehcia Bancaria esgrime el mismo argumento de la presunción de legalidad de los actos administrativos; y en cuanto al argumento relativo a la violación del derecho de defensa y del principio debido proceso, expone que el artículo 5° del Decreto 3233 de 1965 sólo es pertinente cuando la transgresión no tuviere fijado una sanción específica, supuesto diferente al caso *sub-lite* porque el artículo 14 de la Resolución 30 de 1979 de la Junta Monetaria impone la respectiva sanción, por lo que ese decreto es inaplicable.

En cuanto al punto relativo a la violación del derecho de defensa por no hacer el requerimiento previo, cita y transcribe lo pertinente de dos sentencias de junio 26 de 1987 y 24 de julio del mismo año.

Al evacuar los traslados respectivos los apoderados de las partes reiteran sus puntos de vista y el Ministerio Público representado por el Fiscal tercero de la Corporación, doctor Jaime Ossa Arbeláez emite concepto favorable a la demanda por violación del derecho de defensa. Dijo así el Ministerio Público:

"CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA".

"Para la Fiscalía no es nuevo el planteamiento que hace la demanda en lo atinente al enfoque sobre la violación al artículo 26 de la Constitución Nacional y el principio del debido proceso. En varias ocasiones esta agencia del Ministerio Público viene reiterando con algún énfasis, pero con mucho convencimiento y persuación absoluta, de que la actuación de la administración, revelada en los actos administrativos que se censuran, están deteriorando totalmente el principio de la audiencia de las partes en la formación del procedimiento disciplinario y con desconocimiento frontal del derecho de defensa".

"La seguridad jurídica que los administrados reclaman en las de decisiones gubernamentales se resiente con particular dureza en actuaciones del estado que estructuran un proceso disciplinario a espaldas del encartado, sin darle oportunidad a este para expresar las razones y motivos, comprobar su conducta y demostrar su proceder exculpativo. Con razón se pregona en escrito impugnatorios de tal comportamiento que principios de ética jurídica impiden razonablemente que una agencia estatal deje de lado el llamamiento del presunto sancionado para que explique su conducta antes de un pronunciamiento de fondo. Pero en el caso a estudio ha sucedido lo contrario: se llama el encartado cuando ya está formado todo un proceso que subrepticiamente, de manera callada y a sus espaldas, se ha instituido y organizado".

"Casi que por estética y buena presentación jurídica deberían desaparecer para siempre prácticas tan censurables que no merecen sino el reproche franco de esta Fiscalía".

"Porque pregonar que el sancionado tuvo oportunidad de defensa cuando fue notificado de la sanción, es enarbolar la tesis del atropello y predicar la procedibilidad de la sanción sin presencia del encartado. O sea que se puede castigar a una persona sin citarla a juicio y la sanción, si no es recurrida, inexorablemente se aplicará. ¿Será esto acaso una manifestación seria y ponderada de un Estado de Derecho?".

"Si estos principios rectores del derecho disciplinarios fueran trasladados al campo penal, que tal el respeto de los derechos humanos?".

"Y no se diga que por el hecho de que la entidad demandada tiene obligación de enviar periódicamente informe sobre sus estados financieros a la Superintendencia y revelado uno el desencaje, no se requiere de sus explicaciones previas a la sanción y por ende se perfila una dudosa confesión suficiente para que un proceso disciplinario culmine con una pena pecuniaria, porque semejante procedimiento no le dio oportunidad al encartado para suministrar razones exculpativas, violando de esa manera y en forma manifiesta el derecho de defensa".

"Decir también que tuvo oportunidad de ejercer ese derecho cuando se le brindó el recurso de reposición, es trastocar la estructura misma de la impugnación en línea vertical y en donde está vedado el recurso jerárquico. La oportunidad que debe dársele al administrado es en la formación misma del proceso disciplinario y no, en manera alguna, cuando éste ha culminado. Lo demás es ultraje a la ley".

"Tampoco es atendible para esta Fiscalía la argumentación de que las explicaciones previas a que se refiere el artículo 47 de la Ley 45 de 1923 solo es dable cuando existan dudas sobre el aspecto objetivo de la falta. Si la norma no plantea esa alternativa el juzgador no está en capacidad de utilizarla para desconocer sus derechos y mas cuando se trata de la actividad represiva del Estado".

"Esta misma agencia del Ministerio Público ha sentado la afirmación de que la normatividad colombiana señala la obligatoriedad de tales explicaciones previas como lo pregonan los artículos 47, inciso segundo de la Ley 45 de 1923 entendiéndose que esas *explicaciones* no son discrecionales para el ente sancionador, sino para la sanción misma aunque, es verdad, este aspecto está superado por otros dispositivos. El Decreto 2920 de 1982, el artículo 3° del Decreto 1393 de 1986, artículo 1° inciso 1° Decreto 01 de 1984".

"No puede imponerse *de plano* sanción disciplinaria alguna a entidad bajo la vigilancia de la superintendencia bancaria sin que medien explicaciones de su conducta y si se procediere sin observar este requisito, se está violando el derecho de Defensa".

"Analizado el acto complejo enjuiciado en frente a las ideas atrás esbozadas, se llega a la conclusión de que debe ser anulado por transgresión manifiesta del artículo 26 de la Constitución Nacional y concretamente del artículo 5° del Decreto 3233 de 1965 citados ambos por el libelista en el escrito iniciador de la acción. Justamente este último depositivo, como desarrollo también del artículo 26 de la Constitución, dice que cuando el Superintendente Bancario "después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier establecimiento sometido a su vigilancia, se cerciore de que está violando..." la ley o los estatutos aplicar la sanción correspondiente".

"En semejantes circunstancias no es optativo para la administración prescindir o no de esas aplicaciones".

"Suficiente lo dicho para que esta agencia del Ministerio Público solicita del Consejo de Estado, con el mayor respeto y comedimiento, se sirva decrectar (sic) la nulidad de los actos acusados tal cual es la pretensión del demandante y consecuencialmente acceder a las peticiones, subsidiarias".

"Como la Fiscalía considera que esta censura es suficiente para la prosperidad de la acción, se ve relevada de examinar los restantes motivos de impugnación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los argumentos fundamentales de la demanda, son tres como en ella se expresa, incluso contradictorios los dos primeros y son los siguientes:

a) Son nulos los artículos 12 y 13 de la Resolución No. 30 de 28 de marzo de 1979 expedidas por la Junta Monetaria y aplicación Preferente del artículo 6° inciso segundo del Decreto 1728 de 1974 la cual determinaba el sistema de cómputo del encaje, ordenando que la tasa respectiva se aplicara sobre los saldos correspondientes al término de cada mes que fue modificado por la Resolución No. 30 de 28 de marzo de 1979, en cuyo artículo 12 dispuso que el encaje requerido se calculara con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encajes durante los días hábiles de cada mes, y la cifra que se obtenga se compara con las cifras diarias de las disponibilidades computables durante el mismo período mensual, para determinar el exceso o defecto diario de encaje, de suerte que habrá posición negativa de encaje cuando durante un mes calendario, la suma de los defectos diarios de encaje sobrepase la suma de los excesos diarios de encaje, sistema completamente distinto al del artículo 6° inciso segundo, del Decreto 1724 de 1974.

Como la Junta Monetaria es organismo de la administración está sometida a las pautas que le fije el Presidente de la República al ejercer, como atribución constitucional propia las facultades del artículo 120-14 de la

Constitución, por lo cual era su deber, aplicar el artículo 6° del Decreto 1728 y no los artículos 12 y 13 de la Resolución 30/79.

La discusión planteada en esos términos ya fue definida por el Consejo de Estado en esta misma sección en sentencia de dieciocho (18) de junio, expedientes acumulados 6444 y 6451 y veintinueve (29) de junio de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), expedientes acumulados 6308 y 6331, actores MARIO ALARIO MENDEZ y RODRIGO NOGUERA LABORDE, en los que se pedía en acción pública, la nulidad de los artículos 12 y 13 primer parágrafo de la Resolución No. 30 de 28 de marzo de 1979 expedida por la Junta Monetaria, y noviembre veintitres (23) del mismo año, expediente No. 7747 agregadas al expediente con la demanda, en el sentido de que es competencia de la Junta Monetaria, organismo creado por el Congreso Nacional, y no del Señor Presidente de la República, el manejo de la moneda, su volumen y circulación, posición doctrinaria ratificada en la Sala Plena al resolver el recurso anulación contra la sentencia de 29 de junio de 1984, el 3 de agosto 1988 con ponencia de la Doctora AYDEE ANZOLA LINARES. Así las cosas la Sala ratifica en esa oportunidad, la doctrina anterior.

b) El segundo argumento se esgrime con base en la doctrina anterior y se enuncia afirmando la ilegalidad del artículo primero del Decreto 1412 de 1979 y la aplicación preferente del artículo 23, literal a) de Ley 7a. de 1973.

Establecido por esta Corporación que es atribución de la Junta Monetaria como creación y emanación del Congreso Nacional, en quien reside la soberanía monetaria, fijar, variar y reglamentar el encaje de los bancos y corporaciones de ahorro y vivienda y en general de todo el sistema de crédito, concluye el argumento de la demanda que siendo competencia de la Junta Monetaria y no del Presidente de la República la regulación del volumen de la moneda en circulación, es nulo el artículo 1° del Decreto 1412 de 1976, que señalaba el encaje, y, consecuencialmente, son nulos los actos administrativos impugnados, porque fueron dictados con base en el artículo 1° del Decreto 1412 de 1976 dictado por el Presidente de la República con base en el artículo 120-14 de la Constitución.

SE CONSIDERA

Es bien sabido que la ley atribuye a los actos administrativos la presunción de legalidad, mientras no sean derogados o declarados nulos, en este caso, por la Jurisdicción Contencioso Administrativa como garantía de seguridad, tanto para la administración como para los ciudadanos; la organización estatal necesita y requiere estabilidad. Es por ello, que mientras dure vigente un acto administrativo es obligatoria su observancia tanto por parte de las autoridades encargadas de aplicarlos, como por los ciudadanos y demás personas residentes en el país, estando vigente cuando ocurrió el desencaje en mayo de 1979, -hecho que se sanciona- el artículo 1° del Decreto 1412 de 1979, su aplicación era obligatoria

y lo fue hasta cuando fue derogado por el artículo 4° del Decreto 880 de 30 de marzo de 1982. No es posible admitir entonces la tesis esgrimada por el distinguido apoderado de Colmena en el sentido de que por cuanto en reiteradas sentencias al decidir demandas de nulidad de otros actos administrativos de igual origen al del decreto 1412 de 1979 se anularon por pertenecer a otra autoridad la competencia para emitirlos, esa doctrina sería aplicable de manera general haciéndola extensiva a otros actos administrativos no demandados, aunque dictados con el mismo fundamento constitucional. Las sentencias de nulidad tienen efecto *erga omnes* pero en relación con el acto administrativo de carácter general anulado, pero sus efectos no pueden aplicarse, por vía exceptiva, a otros actos administrativos que aunque de igual orígen, no han sido demandados, porque si así fuera, se desconocería la presunción de legalidad del acto administrativo. Por tal razón se desecha el cargo.

3. Violación del derecho de defensa. El punto de derecho relativo a la violación de defensa ha sido motivo de estudio atento por esta Corporación dada la importancia que tiene en un estado de derecho, y especialmente frente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa cuya función principal es tutelar y reconocer judicialmente, los derechos de las personas residentes frente al desconocimiento que puedan hacer las autoridades de distinto orden.

En cuanto al caso concreto y otros similares de imposición de sanciones por parte de la Superintendencia Bancaria por desencaje legal cuando las cifras reveladas por la entidad financiera reflejen el de desencaje, no hay lugar a pedir explicaciones, como sí lo hay cuando la situación de desencaje no resulte de las cifras de los estados financieros, los que deben considerarse como fiel reflejo de la contabilidad, los que además, deben suscribir contador público, facultado por el artículo 1° de la Ley 145 de 1960 "para dar fé publica de determinados actos" (Art. 1°), "certificar estados de cuentas o balances" "autorizar los balances de bancos, compañías de seguros y almacenes generales de depósitos", etc. En el caso que ocupa la atención de la Sala, Colmena tuvo oportunidad en la etapa administrativa de defenderse y al efecto interpuso el recurso de reposición contra la resolución 4956 de agosto de 1979 el que fue resuelto mediante la resolución 6208 de 19 de octubre del mismo año, por todo lo cual es dable concluir que no fue violado el derecho de defensa que la Constitución Nacional garantiza en el artículo 26.

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 peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 1112. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena.

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, en el que fue demandante el 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 derecho, a las involucradas en este proceso, 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.

Dije en esa oportunidad:

En efecto, la sentencia impugnada que, declaró la nulidad de la resolución No. 1652 de 1985 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 Const. 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 piezas procesales a consideración.

De antemano para abordar el análisis de la cuestión, se presenta la permisa 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 2º) y que en virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de reconocer y de controvertir las decisiones de la administración por los medios legales (artículo 3º). 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 dlugar, 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 considerando 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 lo tanto no es necesario oir previamente al presunto infractor. Estima que no hubo violación del artículo 26 de la Carta, por cuanto el Banco tubo 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 del 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 al adagio popular de fusilar mientras llega la orden, sino de garantizar que el inculpado, el sancionado, tenga las oportunidades legales de rendir las explicaciones que desee y que puedan evitarle 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 da oportunidad de interponer los recursos gubernativos, 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 dijo:

> "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 (sic) de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.
>
> "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 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 facultad manda la absuluta igualdad de las partes en el proceso, en todo el proceso. La defensa ha de ser unitaria y continua, 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 juzgamientos 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, incluido el derecho de defensa (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 pág. 325).

A luz de lo precedentemente analizado no encuentro que asiste 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 especiales del mismo principio constitucional de defensa y sin que se hubiera seguido un pronunciamiento 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 actor, 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 fundado la decisión infirmatoria 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 confeción de naturaleza judicial o extrajudicial penal. Sabido es que el balance es tan sólo 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 lo realiza.

Adicionalmente señalo que no es dable procesalmente hablando asimilar y confundir medios probatorios que tienen tratamiento y consideración deferentes, como lo hace el apelante al pretender qué un documento como es el balance de un comerciante, que por Ley es prueva 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 o preterintención, no sean tenidos en cuenta dentro del procedimiento sancionatorio administrativo, mientras que evoca la aplicación del procedimiento penal en lo relativo a la confeción, 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 morma 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 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 contitucional 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, el de que acepta la posiblidad 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 cuando 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 bién 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 quedarán 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 inconstitucional 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.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE/ EXPORTACION/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

La competencia de los legisladores de los entes territoriales en materia impositiva es derivada. La Ley 14/83, artículo 33, ordena excluir el valor de las exportaciones de la base gravable mensual para aplicar la tarifa del impuesto de industria y comercio, ordenamiento acogido por el artículo 4° del Acuerdo 21/83 del Concejo Distrital.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2389. Actor: Nike Colombiana S.A. C/ D.E. de Bogotá. IMPUESTOS. FALLO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Doctora María Clemencia Rodríguez Alvira, en su condición de apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de julio de 1988, que descontó, para la determinación del Impuesto de Industria y Comercio, el valor de las exportaciones realizadas por la sociedad NIKE COLOMBIANA S.A., durante 1979 y revocó la sanción por inexactitud.

ANTECEDENTES

La actora presentó su declaración de Industria y Comercio correspondiente al año fiscal de 1979 a la que le fue practicada por la Dirección de Impuestos Distritales la liquidación oficial No. 79646 del 10 de enero de 1981 que gravó la totalidad de las ventas brutas declaradas y adicionó la suma de $20'441.362

por exportación de mercancías de producción nacional y aplicó sanción por inexactitud.

Interpuesto los recursos del caso en la vía gubernativa fueron desestimados mediante resolución No. 00893 del 7 de noviembre de 1984 dictada por el Jefe de la División de Industria y Comercio de la Dirección Distrital de Impuestos que revocó la sanción por inexactitud aplicada por 1979. Al fallar el recurso de apelación que revocó el artículo 1° de la Resolución No. 000893 citada en el sentido de revivir la sanción por inexactitud se agotó la vía administrativa (resolución No. 133 de mayo 31/85).

LA DEMANDA

En la demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca pidió la nulidad con restablecimiento del derecho de los actos proferidos por el Gobierno Distrital, solicitó que se dejara en firme la liquidación privada y acreditar la cuenta de la actora con el valor de los impuestos y sanciones equívocamente liquidados.

Citó y explicó el concepto de violación de las siguientes normas: artículo 169 del Decreto 444 de 1967 tal como fue reproducido en el artículo 45 del Decreto 1366 de 1967 y la interpretación con autoridad contenida en el artículo 33 de la Ley 14 de 1983; así como el Acuerdo 10 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

Visible a folios 158 a 171 del cuaderno principal obra la sentencia en que el *a-quo* consideró y aceptó como violado el artículo 169 del Decreto 444 de 1967 que expresamente prohibe a los municipios gravar las exportaciones y además porque el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, por vía de autoridad, interpretó cuáles elementos deben descontarse en el cálculo de los ingresos para fijar la base del gravamen de Industria y Comercio ordenando en forma expresa excluir los ingresos provenientes de exportaciones.

Revocó igualmente la sanción por inexactitud por no haberse incurrido en ella, pues el contribuyente declaró la totalidad de sus ingresos en el estado de pérdidas y ganancias y al excluir los ingresos por exportaciones de la base gravable, conforme el artículo 169 del del Decreto 444 de 1967, tal actuación no puede calificarse de inexacta.

LA APELACION

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá expresa a folio 210 del cuaderno principal, "En síntesis; la actividad desarrollada por la actora acorde con su objeto social, encaja perfectamente dentro de las actividades consagradas por el artículo 3° del Acuerdo 10 de 1974, vigente en la época por la cual se reclama,

con el Impuesto de Industria y Comercio, haciéndose por tanto la parte accionante sujeto pasivo del mismo ya que se grava es la actividad y no el producto ni el tránsito de éstos.

"Por todo lo anteriormente expuesto y quedando evidente que la operación administrativa proferida por el Distrito Especial de Bogotá está conforme a las normas que regulaban el impuesto de Industria y Comercio y Avisos, Acuerdo 10 de 1974 y concordantes, y aunque posteriormente el Acuerdo 21 de 1983 hubiera consagrado la no sujeción al impuesto de la actividad de producción nacional de artículos destinados a la exportación, cumpliendo estrictamente lo normado por el artículo 183 de la Constitución Nacional que es a los Concejos a quien corresponde la determinación de las exenciones, ello no conlleva la aplicación de la norma retroactiva al año gravable de 1979".

En lo tocante a la sanción por inexactitud insiste en que se mantenga porque lo sancionado no es una diferencia sino la inexactitud en que incurrió la demandante al aplicar erróneamente descuentos a los cuales no tenía derecho.

EL MINISTERIO PUBLICO

Representado por la Fiscal Sexto Doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, considera, con la Sala Contenciosa de esta Corporación que al determinar el Impuesto de Industria y Comercio debe descontarse el valor de los artículos exportados para depurar la base gravable. Expresa que una vez expedida la Ley 14 de 1983 la antedicha Sala reiteró, en sentencias de octubre 21 de 1983 y marzo 16 de 1983, su jurisprudencia al interpretar que si hubo alguna duda sobre su interpretación y la incidencia de la prohibición en el gravamen de industria y comercio, esta quedó despejada por el legislador al expedir la Ley 14 de 1983 porque su artículo 33 ordenó excluír de la base para determinar el gravamen las exportaciones. Del análisis del punto anterior la actora, al liquidar un impuesto menor en su declaración, ello se originó no en la inexactitud de sus datos sino en la aplicación de una interpretación válida de la ley, lo cual condujo a que la sanción impuesta no se ajustó a lo dispuesto por el artículo 31 del Acuerdo Distrital No. 10 de 1974. Conforme con la decisión del *a-quo* pide se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 169 del Decreto 444 de 1967 dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 6a. del mismo año, que tiene carácter de ley, dice:

> "Los Departamentos y Municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta".

Expresa el Distrito Especial de Bogotá en su alegato de conclusión (fl. 211, primer párrafo) que de acuerdo con "lo normado por el artículo 183 de la Constitución Nacional... es a los Consejeros a quienes corresponde la determinación de las exenciones...".

La Sala observa que se está confundiendo el contenido y significado de los términos utilizados en las dos normas mencionadas así: el artículo 183 de la Constitución Nacional establece para las entidades territoriales -las que en su texto incluye-, la propiedad exclusiva de sus bienes y rentas en que no pueden ser objeto de exenciones por el Gobierno Nacional. Aquí se autoriza a los entes territoriales para otorgar exenciones de los impuestos a ellos asignados dentro de los límites señalados por la Constitución y la ley.

Del texto mismo del artículo 169 del Decreto 444 de 1967 se concluye que establece para los entes territoriales, la prohibición de determinar gravamen alguno sobre la exportación ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta. Y no es lo mismo una prohibición que una exención. La prohibición es genérica; la exención concreta para casos específicos.

Como lo dispone la Ley 14 de 1983 el Impuesto de Industria y Comercio grava actividades industriales, comerciales y de servicios. El artículo 169 transcrito prohibe establecer gravámenes como antes se dijo.

La Sala no encuentra ajustada a derecho la actuación de las oficinas de impuestos distritales al aplicar el Acuerdo 10 de 1974 en su artículo 14 sobre la totalidad de las ventas brutas sin descontar lo correspondiente a las mercancías exportadas teniendo en cuenta la prelación de normas aplicables al caso y la circunstancia de que la facultad impositiva de los Concejos Municipales y con ellos el del Distrito Especial de Bogotá, está subordinada tanto a los preceptos constitucionales como a los de la ley, esto es, que la competencia de los legisladores de los entes territoriales en materia impositiva es derivada. Además la Ley 14 de 1983, artículo 33, ordena excluir el valor de las exportaciones de la base gravable mensual para aplicar la tarifa del impuesto de industria y comercio, ordenamiento acogido por el artículo 4° del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital. Pero es más; aún antes de entrar en vigencia la Ley 14 de 1983 el Consejo de Estado dió aplicación al artículo 169 del Decreto 444 de 1967 mediante sentencias de 24 de mayo de 1977, 16 de mayo de 1980 y 9 de octubre de 1981. Doctrina que reiteró con posterioridad a la expedición de la Ley 14 de 1983 en sentencia de 21 de octubre de 1983 en la cual dijo:

> "El artículo 33 de la mencionada ley vino a aclarar la duda planteada en las consideraciones anteriores, interpretando por vía de autoridad qué elementos deben descontarse en el cálculo de los ingresos para fijar la base del gravamen de industria y comercio y auncuando dicha norma sólo rige a partir de su vigencia hay que entender que en el momento de dictarse el fallo lo que dispone el artículo mencionado debe acogerse como una adecuada interpretación de los alcances que puedan tener las normas dadas por

las distintas corporaciones municipales en desarrollo de la autorización legal del impuesto de industria y comercio y a la falta de un estatuto nacional que regulara el manejo y liquidación de este impuesto" (Nuevo Régimen de Impuesto de Industria y Comercio en Colombia. Antonio Quiñones Montealegre y Lucy Cruz de Quiñones, pág. 907).

De acuerdo con lo establecido en los apartes anteriores la Sala tampoco encuentra ajustada a la legalidad de aplicación de la sanción por inexactitud pues la liquidación de un menor impuesto por la actora en su denuncio se originó no en la inexactitud de sus datos como lo demuestra el estado de pérdidas y ganacias (fl. 202 vuelto, Anexo No. 1, cuaderno de antecedentes) sino de la interpretación válida y consiguiente aplicación de la ley y por ello la sanción impuesta no se ajustó a lo señalado en el artículo 31 del Acuerdo 10 de 1974.

Encontrándose en un todo de acuerdo, la Corporación, con la providencia apelada debe mantenerse en todas sus partes.

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

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ IRREGULARIDAD CONTABLE - Efectos/ **PRUEBA CONTABLE** - Eficacia

Si el rubro de otros egresos corresponde a reclasificación de cuentas, para tal efecto bastaban los comprobantes internos cuya existencia o inexistencia calla la Administración de Impuestos. Tampoco el hecho de que la contribuyente incurra en deficiencias contables, permite tomar como inexistentes los hechos económicos denunciados por la contribuyente ni incrementar sus ingresos, pues tal consecuencia no está prevista en la ley. Y para este tipo de irregularidades contables la ley prevé la correspondiente sanción por libros. No basta para desvirtuar la presunción del artículo 9° de la Ley 145 de 1960 la mera aseveración en contrario por parte de la administración, sino que se requiere la comprobación plena del hecho (Ejercicio fiscal de 1982).

DEMANDA - Interpretación

El contexto de la demanda no permite duda acerca del restablecimiento del derecho pedido, y aún cuando no invoca expresamente la norma del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, no solicita previamente a dicho restablecimiento la nulidad del acto acusado, a fin de que, declarada, ésta pudiera la jurisdicción contenciosa proceder a dictar las disposiciones que reemplacen el acto administrativo anulado. De su interpretación sí puede evidenciarse que la pretensión busca la nulidad del acto acusado y en consecuente restablecimiento del derecho.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO TRIBUTARIO - Finalidad

La finalidad de la acción de restablecimiento del derecho en materia de impuestos no es otra que la de buscar la declaratoria de nulidad del acto

administrativo de liquidación del impuesto, con base en la transgresión de las normas sustantivas y procedimentales invocadas en la demanda que gobiernan su determinación, para que la jurisdicción estatuyendo nuevas disposiciones que reemplacen las del acto anulado declare y cuantifique el tributo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., marzo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. 2808. Actor: LLOREDA COMERCIAL LTDA. Apelación de la Sentencia del 6 de octubre de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal-impuesto de Renta año 1982. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 6 de octubre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, se declaró inhibido para conocer de fondo las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "Lloreda Comercial Ltda.", contra el acto administrativo mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales le determinó el impuesto de renta para el año fiscal de 1982.

ANTECEDENTES

La contribuyente en su declaración tributaria correspondiente a la vigencia fiscal de 1982, denunció como ingresos del ejercicio la suma de $3.980.091.532 y solicitó costos para efectos impositivos en cuantía de $3.449.453.941 y deducciones por $329.094.468 para una utilidad de $1.249.280.

La Administración de Impuestos Nacionales practicó visita contable a la sociedad y con base en la misma, previo requerimiento, le practicó liquidación de revisión y le rechazó la suma de $21.197.841 por concepto de costo de ventas, devoluciones y descuentos porque de acuerdo con el Acta de Visita no se encontraba contabilizada y la respuesta del contribuyente con la manifestación de estarlo bajo el rubro "Otros egresos", no fue aceptada.

Inconforme el contribuyente recurrió gubernativamente en reconsideración ante la misma Administración, con resultado contrario a sus pretensiones. Acudió luego, en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, alegó violación de los artículos: 26 de la Constitución Nacional; 32 de la Ley 52 de 1977; 98 de la Ley 09 de 1983; 9° de la Ley 145 de 1960; 86 y 87 del Decreto 1651 de 1961, y

solicitó a título de restablecimiento del derecho la confirmación de la liquidación privada que para recurrir presentó la sociedad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo, al considerar inepta la demanda, por no solicitar, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, previamente al restablecimiento del derecho, la declaración de nulidad del acto administrativo acusado.

LA APELACION

La apoderada judicial de la actora apela la sentencia en cuanto produce fallo inhibitorio por no haberse pedido previamente la nulidad del acto acusado, porque en su entender, el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, no exige que los requisitos allí señalados se cumplan en un determinado orden y el juzgador puede interpretar la demanda sin aplicar una estricta literalidad de las normas, agrega que la acción de restablecimiento del derecho consagrado por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo es una sola pero con dos componentes: nulidad y restablecimiento del derecho y que si el idioma por una parte y el derecho por la otra, exigiera la más absoluta literalidad en nuestras construcciones jurídicas, la acción contemplada en dicho artículo no podría denominarse sino "acción o pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho" dados sus dos componentes. Que si la ley utiliza la sinecdoque para referirse a ella, así mismo puede quien hace uso de la acción o pretensión utilizar el mismo tropo, en tal forma que al pretender el restablecimiento del derecho, está haciendo uso de la totalidad de la pretensión regulada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y no solamente de la mitad y menos aún, cuando el manifestar la pretensión en esa forma, no da lugar a confusión con otras pretensiones de nulidad, reparación directa, o la de contratos o la de definición de competencias administrativas. Concluye que cuando en la demanda se ejerce la acción denominándola en la misma forma que lo hace la ley así mismo se refiere a todo su contenido, y el fundamento de la misma es el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, no deja la menor duda que la acción ejercida es la de nulidad de la actuación administrativa acusada y el restablecimiento del derecho.

Invoca como fundamento jurisprudencia de la Corporación sobre la interpretación de la demanda y solicita la revocación del fallo inhibitorio y el procedimiento de fondo de las pretensiones de nulidad del acto acusado y el restablecimiento del derecho de la actora.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a la pretensión de la apelación, pues a su juicio, reiterando los argumentos del Tribunal, la demanda incurrió en omisión procesal.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia recurrida debe confirmarse en razón de que el libelo introductorio de la acción incurre en omisiones, deficiencias e irregularidades de protuberante gravedad o de inocultable relievancia que hacen en extremo aventurado que el juzgador se adentre en especulaciones tales que supla la voluntad de su autor con el peligro de correr en los fallos *ultra-petitum*.

Que aún cuando es obvio que el sentenciador debe recurrir a la interpretación de la demanda, cuando las diferencias del escrito no requieran cambios radicales que presuman una variación vital de la pretensión allí delimitada, no sucede lo mismo cuando se omitieron las normas violadas, su concepto, la cuantía de las pretensiones, señalamiento de la parte demandada etc., que son circunstancias que no puede suplir el juez en una jurisdicción que regularmente pregona su no oficiosidad.

Que en el caso en estudio no hay duda alguna de que el actor limitó su solicitud a un restablecimiento, y sin que hubiera especificado en materia alguna, la pretensión anulatoria del acto administrativo correspondiente y si el contencioso no esta guiado por el principio de la oficiosidad, está inhabilitado para encontrar el camino equivocado y reformar el cauce adoptado por el actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha precisado que las acciones ante la jurisdicción contenciosa se han establecido sobre la base de determinadas hipótesis, de manera tal, que quien quiera presentar una demanda está obligado a escoger la acción que corresponde a la situación jurídica presentada, a fin de que la acción resulte eficaz. Pues no es dado al juez contencioso interpretar la demanda con tal amplitud que quebrante el debido proceso, o que la conduzca por camino distinto del querido por el propio demandante, ni que supla los requerimientos señalados por la ley, como el de indicación de normas violadas ni el concepto de la violación etc.

Entonces es necesario determinar, que si bien al juez le corresponde interpretar la demanda, debe hacerlo contextualmente para definir el verdadero sentido y alcance de la acción.

El contexto de la demanda no permite duda acerca del restablecimiento del derecho pedido, y aún cuando no invoca expresamente la norma del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, ni solicita previamente a dicho restablecimiento la nulidad del acto acusado, a fin de que, declarada ésta pudiera la jurisdicción contenciosa proceder a dictar las disposiciones que remplacen el acto administrativo anulado. De su interpretación si puede evidenciarse que la pretensión busca la nulidad del acto acusado y el consecuente restablecimiento del derecho.

La finalidad de la acción de restablecimiento del derecho en materia de impuestos no es otra que la de buscar la declaratoria de nulidad del acto administrativo de liquidación del impuesto, con base en la transgresión de las normas sustantivas y procedimentales invocadas en la demanda que gobiernan su determinación, para que la jurisdicción estatuyendo nuevas disposiciones que reemplacen las del acto anulado declare y cuantifique el tributo.

No comparte la Sala entonces el criterio del Tribunal cuando manifiesta que es imposible para la jurisdicción entrar a estatuir nuevas disposiciones ordenando el resarcimiento del perjuicio, estando vigente el acto acusado cuya declaratoria de nulidad oficiosa no es posible para la jurisdicción, y menos cuando se cumplieron todas las etapas del proceso y se trabó la relación procesal sin que el *a-quo* hubiera advertido oportunamente la presunta irregularidad, con el fin de disponer lo concerniente.

Por lo tanto no ha debido el Tribunal dictar fallo inhibitorio sino avocar el estudio de fondo de las peticiones formuladas, por lo que se impone la revocación de la sentencia apelada y el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda.

El asunto fundamental de la acción no es otro que el desconocimiento por parte de la Administración de Impuestos, de las devoluciones, descuentos y costo de ventas por valor de $21.197.141, que la comisión visitadora no encontró contabilizado en los rubros correspondientes; pero que la sociedad alega estaban en la cuenta "otros egresos" por igual valor. Afirmación que no aceptó la demanda considerando que el contribuyente cambia los conceptos de la declaración, cuando ya no hay lugar a ello, según el artículo 71 de la Ley 9a. de 1983, que autorizaba al contribuyente para cambiar el contenido de la declaración dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del plazo para declarar y no con ocasión de la respuesta al requerimiento. Tampoco aceptó la certificación presentada por contador público ratificando la afirmación de la actora, al considerarla no constitutiva de prueba, habida cuenta de haberse afectuado visita administrativa.

Alega también la actora contra la imposición de sanciones por no identificar pasivos.

Se limita entonces la litis al aspecto probatorio de la afirmación de la actora para demostrar que los costos rechazados si estaban contabilizados.

Observa la Sala que el Acta de Visita que obra en el cuaderno 3 de los antecedentes administrativos que fue la base y sustento de la liquidación oficial, admite la existencia de la cuenta "otros egresos" y que al analizarla con base en los libros principales, auxiliares y soportes contables, los cargos a la misma carecía de comprobantes externos. Que el motivo del rechazo de su valor a título de devoluciones, descuentos y costos en el acto administrativo de liquidación no fue otro que el no haber contabilizado los gastos en rubros idénticos a los denunciados en la declaración tributaria, por estimar que no se podían cambiar los conceptos de la declaración, vencido el término de adición, pero en manera alguna desco-noce la existencia de la cuenta, solo que la Administración no admite el certificado expedido por contador público y revisor fiscal como prueba, por considerar que primaba la visita contable, y que practicada ésta se desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración tributaria.

Con relación al Acto de Inspección Administrativa, la Sala ha precisado que ella en sí misma no constituye prueba pericial y solo permite deducir que los datos en ella consignados se extractaron de los libros de contabilidad.

Observa que la Administración la analiza parcialmente, para tomar consecuencia en contra del contribuyente, rechazado devoluciones, descuentos y costos sin analizar si el valor de los otros egresos, por idéntico valor eran o no ciertos, y si existió la aludida "reclasificación de cuentas" alegada por la actora.

Estima la Sala en consecuencia, que el acta de visita previa a la práctica de la liquidación de revisión, fue insuficiente para demostrar la falta de veracidad de la declaración tributaria en cuanto a la inclusión de datos falsos o inexistentes que dieron por resultado una renta inferior a la real.

Por el contrario, el certificado expedido por el revisor fiscal (fl. 25 cdno. antecedentes) hace constar que el estado de pérdidas y ganancias tomado de los libros de contabilidad de la sociedad muestra una utilidad de $1.249.408, valor que coincide con el declarado por la contribuyente. Y que analizado dicho estado aparece la cuenta "otros egresos" por $21.197.951 que corresponden a reclasificaciones contables que no alteran en ningún sentido ni la utilidad, ni la renta gravable de la sociedad.

Esta certificación, complementada con la prueba pericial practicada por el tribunal, cuyo dictamen obra a folios 74 a 77 del cuaderno principal, permiten determinar con certeza que del estado de pérdidas y ganancias, previo análisis de los papeles suministrados para comprobar las cifras que conforman las respectivas cuentas, se deduce que la utilidad de la sociedad fue de $1.249.208, suma que es igual a la denunciada por la contribuyente en su declaración tributaria.

Ahora bien, si como lo afirma la actora el rubro de otros egresos corresponde a reclasificación de cuentas, para tal efecto bastaban los comprobantes internos cuya existencia o inexistencia calla la Administración de Impuestos.

Tampoco el hecho de que la contribuyente incurra en deficiencias contables, permite tomar como inexistentes los hechos económicos denunciados por la contribuyente, ni incrementar sus ingresos, pues tal consecuencia no está prevista en la ley. Y para este tipo de irregularidades contables la ley prevé la correspondiente sanción por libros.

Además aportado dentro del proceso la certificación del contador público, el artículo 9° de la Ley 145 de 1960, presume salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas, y tratándose de balances que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajusten a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera de la empresa en la fecha del balance. No basta para desvirtuar dicha presunción la mera aseveración en contrario por parte de la administración, sino que se requiere la comprobación plena del hecho. Por esta razón la petición de la actora en cuanto a las devoluciones, descuentos y costos inmersos en la cuenta "otros egresos", merece despacharse favorablemente.

Con relación a la sanción cuya improcedencia alega la apoderada judicial de la demandante, la Administración invoca como fundamento los artículos 59 del Decreto 3803 de 1982, 16 del Decreto 398 de 1983 y 10 del Decreto 1023 de 1983, conforme con los cuales, el contribuyente que no suministre en su declaración tributaria la identificación de los beneficiarios de pagos, pasivos y créditos en los términos exigidos por la misma ley, incurre en una sanción pecuniaria del 1% en el caso de los pasivos y créditos y del 2% en los demás casos, que se aplica sobre la suma respecto de la cual no se suministró la información exigida.

Alega la actora que en primer lugar el funcionario mezcló ingresos con pasivos no identificados, siendo la suma real $4.436.370 y no la que erradamente refleja el acto de liquidación por $7.528.626, y que además solo existe la obligación de identificar pagos a terceros cuando el valor pagado por transacción excediera a $100.000. Para confirmar su aseveración acompañó certificado del revisor fiscal (fl. 28 cdno. ant. adtvos.) sobre pago a terceros no identificados por $4.436.370, cuyas cuantías durante el año exceden el tope de $100.000. Por lo tanto sí estaba obligado el contribuyente a identificar dichos beneficiarios en su declaración.

No es válido admitir como lo afirma la actora que la suma de $3.092.196 estaban contabilizadas como pasivos y que la Administración se equivocó al tomarlos como pagos a terceros, porque aún cuando efectivamente correspondieron a tal calidad a 31 de diciembre del año gravable, es de entender que corresponden a servicios y suministros no pagados que indudablemente, pudieran constituir ingresos para el beneficio en el respectivo ejercicio.

No resulta suficiente además, la certificación contable toda vez que no da cuenta de la naturaleza de las negociaciones con terceros que dieran origen al pasivo y que permitieran desvirtuar el concepto de ingresos para estos.

Por esta razón la sanción impuesta habrá de mantenerse.

En cuanto a las sanciones restantes, fueron aceptadas por la actora y las cuantifica en la liquidación privada para recurrir, según consta a folio 19 del cuaderno de antecedentes, por lo cual no merecen estudio por parte de la Corporación.

En consecuencia se impone la práctica de una nueva liquidación admitiendo el reconocimiento de las devoluciones, descuentos y costos por valor de $21.197.841 liquidación que quedará así:

CONCEPTO	BASE	TARIFA	IMPUESTO
Renta líquida determinada por la Administración	$ 22.447.049		
Menos costos que se aceptan	$ 21.197.841		
	$ 1.249.208	20%	$249.942
SANCIONES			
Por no identificación de beneficiarios: la determinada por la Administración no varía.			$325.842
TOTAL. Impuesto de rentas y sanciones			$565.413
DISTRIBUCION A SOCIOS			
Renta gravable	$ 1.249.208		
Menos impuesto de renta y sanciones a cargo	$ 565.413		
Renta a distribuir	$ 683.795		

NOMBRE SOCIO	NIT	Porcentaje	Participación
Lloreda Zamorano Ulpiano	2.401.495	40%	$273.518
Lloreda Zamorano Armando	6.078.574	40%	$273.516
E. LLOREDA Y. CIA.		20%	$136.759
TOTAL		100%	$683.795

Los demás factores de reparto no varían.

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 la sentencia apelada.

2. ANULANSE la liquidación de revisión 000504 del 11 de octubre de 1985 y la Resolución No. 428-P de agosto 14 de 1987, proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

3. FIJASE en la suma de QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS ($565.413.00) el valor total del impuesto de renta, complementarios y sanciones que por el año gravable de 1982, corresponde pagar a la sociedad LLOREDA COMERCIAL LTDA. NIT. 60031161, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ LIQUIDACION DE REVISION/ BENEFICIO DE AUDITORIA - Requisitos/ **CONTADOR PUBLICO** - Firma/ **SANCION TRIBUTARIA**

Para hacerse acreedor al Beneficio de Auditoría, el contribuyente estaba obligado a demostrar el cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley vigente en la fecha en que el contribuyente presentó su declaración tributaria (D. 3410/83, arts. 10, 12 y 13). La inexequibilidad del indicado art. 10 trajo como consecuencia entre otras, la imposibilidad de ser aplicado el art. 13 del mismo decreto. Ante la imposibilidad jurídica de cumplir las exigencias del art. 10 el beneficio no puede operar salvo aquellas situaciones que alcanzaron a concretarse bajo su precaria vigencia. No puede alegarse que la firma de contador público en la declaración de renta, prueba el cumplimiento de los requisitos de identificación echados de menos por la Administración de Impuestos porque tal consecuencia no está prevista en la ley y, por el contrario, ésta salva la facultad de investigación que tiene la administración tributaria para garantizar el cumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Mediante liquidación de revisión la administración no sólo puede aumentar los tributos o disminuirlos, sino también, si es el caso, imponer las sanciones en que incurra el contribuyente en su declaración (D. 3803/82, art. 19) (Ejercicio fiscal de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., marzo ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2921. Actor: POLIEXPANDIBLES S.A. "POLIEX". Apelación de la Sentencia de diciembre 19 de 1989. Tribunal Adminis-

trativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora, contra la sentencia del 19 de diciembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda, en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad POLIEXPANDIBLES S.A. "POLIEX", contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta y sanciones para el año de 1983.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, previo requerimiento especial No. 245 del 10 de marzo de 1986, en el que planteó a la sociedad la imposición de la sanción prevista en el artículo 27 del Decreto 80 de 1984, por no haber identificado a los beneficiarios de pagos y pasivos solicitados como costos, deducciones y pasivos por la contribuyente, procedió mediante la liquidación de revisión No. 000425 de julio 4 de 1986 a imponer la sanción anunciada por valor de $1.439.036.

Interpuesto el recurso de reconsideración, fue fallado en contra de la recurrente por la División de Recursos Tributarios mediante la Resolución 000262 de abril 25 de 1988, razón por la cual la sociedad demandó el restablecimiento del derecho alegando violación del Decreto 3410 de 1983 artículos 12 y 13; Ley 145 de 1960 artículo 9°; Constitución Nacional artículo 26; Ley 153 de 1887 artículo 43; Decreto 100 de 1980 artículo 1° y Decreto 3803 de 1982 artículo 19.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, acogiendo el concepto del agente del ministerio público, denegó las súplicas de la demanda al considerar:

1. Que no hay violación de los artículos 12 y 13 del Decreto 3410 de 1983, porque la contribuyente no demostró las condiciones exigidas por la ley para gozar del beneficio y que además de acuerdo con el artículo 14 del mismo Decreto 3410 de 1983, tal beneficio se entendía sin perjuicio de la facultad de fiscalización e investigación otorgada por la ley a la Administración.

2. Que no prospera el cargo de violación del artículo 9° de la Ley 145 de 1960, porque éste no consagra una presunción de veracidad absoluta en favor del contribuyente sino relativa porque la Administración puede desvirtuarla haciendo uso de las facultades investigativas que le son propias.

3. Que no se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional, 43 de la Ley 153 de 1887 y 1° del Decreto 100 de 1980, porque, como lo afirma la

Administración el Decreto 080 de 1984, fijó condiciones y requisistos para la presentación de las declaraciones tributarias del año de 1983 y entró en vigencia el 18 de enero de 1984, cuando el término para su presentación aún no había empezado a correr.

4. Sobre el planteamiento de violación del artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, comparte el criterio de la entidad demandada al manifestar que de acuerdo con el artículo 58 del Decreto 3803 de 1982, la única sanción que puede imponerse en acto administrativo diferente al de liquidación de revisión es la sanción por libros.

5. Que asímismo no hay violación del artículo 33 de la Ley 52 de 1977, porque los actos acusados no vulneraron el principio de presunción consagrado en el artículo 33 de dicha Ley, porque esta presunción no es de derecho y que por lo tanto es desvirtuable.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia de primera instancia la acusa de carencia de motivación, porque se limitó, según su criterio, a darle la razón a la Administración de Impuestos, sin expresar razones ni fundamentos de la decisión, y reitera la violación de las normas invocadas en la demanda, por parte del acto administrativo acusado.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones del apelante, reiterando argumentos expuestos en la primera instancia.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece confirmación, porque:

1. No prospera el cargo de violación de los artículos 12 y 13 del Decreto 3410 de 1983, porque el demandante no demostró la irregularidad alegada de que el requerimiento especial no fue producto de una investigación originada en programas de computador, elaborado mediante la aplicación de índices de tributación.

2. El hecho de que una declaración sea firmada por un contador público, no le impone a la Administración Tributaria la obligación de tomar como ciertas todas las informaciones declaradas por el contribuyente y de otra parte, la Administración no se apartó de los datos declarados por el contribuyente, sino que impuso las sanciones previstas en los artículos 59 del Decreto 3802 de 1982 y 27

del Decreto 080 de 1984, en razón de que la sociedad no identificó oportunamente a los beneficiarios de pagos, pasivos y créditos. Por lo tanto no hubo violación del artículo 9° de la Ley 145 de 1960.

3. Que tampoco la hubo de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 43 y concordantes de la Ley 153 de 1887 y 1° del Decreto 100 de 1980, porque la sanción impuesta fue establecida por el Decreto 3803 de 1982, aplicable para el año gravable de 1983, pero en cuanto a su monto, fue modificado por el artículo 16 del Decreto 398 de 1983 tambien aplicable a dicho año gravable y que por lo tanto carece de fundamento afirmar que a la sociedad le aplicaron disposiciones que no regían para el año gravable de 1983.

4. Que no prospera el cargo de violación del artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, porque la validez de la sanción no está condicionada a la denominación que reciba el acto administrativo en el que es impuesta, sino a la existencia de ciertas irregularidades que la ley señala como causa de aplicación de aquella y que en el asunto, se dieron las circunstancias previstas por los artículos 59 del Decreto 3803 de 1982 y 27 del Decreto 080 de 1984, hecho suficiente para que el funcionario competente impusiera la sanción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con relación a los cargos de violación expuestos por el apoderado judicial de la demandante, precisa la Sala:

1. En primer lugar no es admisible la manifestación hecha por el apelante en el sentido de que la sentencia recurrida carezca de motivación, pues uno a uno los puntos de inconformidad y acusaciones de violación expuestos por el demandante fueron considerados y estudiados frente a las normas legales, al criterio del fiscal, la posición del demandante y demandado. El hecho de que el juez comulgue con el criterio de uno de ellos en particular, no implica falta de motivación.

2. Violación de los artículos 12 y 13 del Decreto 3410 de 1983.

Afirma el apelante que por haber sido declarado inexequible el artículo 10 del Decreto 3410 de 1983, la Administración solo podía proferir liquidación de revisión en el caso de que la investigación que diera origen al requerimiento especial, proviniera de una selección basada en un programa de computador, dentro de los parámetros establecidos en el artículo 13 del Decreto 3410 de 1983, cuando el contribuyente obligado, presentara la declaración firmada por un contador público.

Estima la Sala, que para hacerse acreedor al llamado beneficio de auditoría, el contribuyente estaba obligado a demostrar el cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley vigente en la fecha en que el contribuyente presentó su declaración tributaria, (3 de mayo de 1984). En esa época el artículo 13 del Decreto

3410 de 1983, establecía que debía cumplir los requisitos establecidos en los artículos 10 y 12 del Decreto 3410 de 1983.

Según el artículo 10 para considerarse exonerado de presentar cierta información tributaria la liquidación debía mostrar un mayor gravamen al del año anterior dentro de unos porcentajes allí señalados.

Estos requisitos eran imperativos para el contribuyente al momento de presentar su declaración y, como lo observa el Fiscal, no se hizo esa demostración en ningún momento.

El artículo 12 se refirió a la obligación de presentar la declaración tributaria firmada por contador público y la forma de complementar este requisito. Y, el artículo 13 dispuso que los contribuyentes que cumplieran con los requisitos de los artículos 10 y 12 sólo podían ser objeto de liquidación de revisión cuando el requerimiento proviniere de una selección basada en programa de computador de los cuales hubiere resultado que el contribuyente se colocó en un índice inferior al indicado en el artículo 10.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de junio de 1986, (No. 41, Exp. 1392 Magistrado Ponente Hernando Gómez Otálora) declaró la inexequibilidad del artículo 10 en su totalidad, por falta de facultades del Presidente para señalar categorías de contribuyentes exonerados del deber de informar, pues se establecía así una excepción que debió ser prevista inequívocamente en la ley de facultades.

Uno de los efectos de la desaparición de la vida jurídica del artículo 10 mencionado, es que el artículo 13 quedó sin posibilidad de ser aplicado.

Pero no puede el contribuyente dar a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, alcances que no tiene, como el de pretender que una vez retirado del ordenamiento legal el artículo 10, los requisitos exigidos en el artículo 13 quedaron disminuidos o reducidos a uno solo: el del artículo 12.

Porque, simplemente, ante la imposibilidad jurídica de cumplir las exigencias de una norma como el artículo 10 el beneficio no puede operar, salvo aquellas situaciones que alcanzaron a concretarse bajo su precaria vigencia.

De aceptarse la tesis defendida por el actor, se caería precisamente uno de los motivos que llevó a la Corte a invalidar el sistema llamado de "beneficio de auditoría", como fue el de crear categorías de contribuyentes exonerados del deber de informar. Pero con el agravante de que no se sometería a dos requisitos sino a uno solo.

3. Con relación a la supuesta violación del artículo 9° de la Ley 145 de 1960, observa la Sala que el artículo 12 del Decreto 3410 de 1983, exigió como requisito formal de la declaración tributaria, la firma del contador público dándole

los efectos legales previstos taxativamente en el artículo 16 ibídem. Entonces, si la ley específicamente señala los efectos de la firma del contador en materia de declaración tributaria, no puede alegarse violación del artículo 9° de la Ley 145 de 1960, porque en ningún momentó el acto administrativo acusado ha desconocido la presunción que cobija a los actos señalados en la Ley 145 de 1960 cuando están firmados por contador público, como son los balances o el estado de pérdidas y ganancias de la sociedad.

No puede el demandante alegar que la firma de contador público en la declaración de renta, prueba el cumplimiento de los requisitos de identificación echados de menos por la Administración de Impuestos porque tal consecuencia no está prevista en la ley y, por el contrario, el artículo 16 del Decreto 3410 de 1983, al determinar los efectos de la firma del contador en la declaración de renta, salva la facultad de investigación que tiene la administración tributaria para garantizar el cumplimiento de obligaciones por parte del contribuyente y no hay duda que éste no cumplió con las obligaciones de identificación de beneficiarios de pagos, créditos y pasivos exigidos.

4. Violación del artículo 19 del Decreto 3803 de 1982. En este punto la apelación dice que la Administración no podía practicar liquidación de revisión con el mero objeto de imponer la sanción al contribuyente, porque en la declaración tributaria no había lugar a revisión por sustracción de materia y que en este caso debio el liquidador imponer la sanción mediante resolución aparte.

Dispone la norma invocada:

"La Administración Tributaria podrá modificar, por una sola vez, las liquidaciones privadas de los contribuyentes, mediante liquidación de revisión. En el mismo acto se impondrá la correspondiente sanción por inexactitud, si hubiere lugar a ella. *Las demás sanciones podrán imponerse con la liquidación o mediante resolución independiente*". (Subraya la Sala)

Cuando el artículo transcrito enseña que la administración podrá modificar por una sola vez las liquidaciones privadas del contribuyente, no precisa para qué efectos, pero debe entenderse que ella procedía, entonces, no solo para aumentar los tributos o disminuirlos, sino tambien, si era el caso, para imponer las sanciones en que incurriera el contribuyente en su declaración tributaria por hechos irregulares de cualquier naturaleza de acuerdo con la ley, independientemente de que algunos de ellos pudieran imponerse dentro del acto administrativo o por resolución aparte.

Además, el hecho controvertido por el apelante no encaja en ninguna de las causales de nulidad que establece el artículo 57 de la Ley 52 de 1977 ni en ninguna otra norma que genere sanción de tal índole.

5. Violación del artículo 33 de la Ley 52 de 1977.

Esta norma presume que son ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija. En ningún momento la Administración ha desconocido los hechos económicos denunciados por el contribuyente, a pesar de que éste incumplió los requisitos exigidos por la ley, en cuanto a identificación de beneficiarios de pagos y pasivos se refiere, razón suficiente para que la Administración le hubiera exigido la prueba de los mismos, e impuesto la sanción que por este solo hecho se causa de conformidad con el artículo 59 del Decreto 3803 de 1982, aún cuando el contribuyente hubiera subsanado posteriormente la omisión.

En consecuencia no existe razón legal ninguna para revocar los actos acusados ni la sentencia apelada que los confirma.

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, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE - Disminución/ **DEPOSITO FRANCO/ EXPORTACION**

Las ventas de artículos nacionales a viajeros para el exterior sin manifiesto aduanero es una exportación *sui generis,* tanto que el mismo Decreto 444 de 1967, se ocupa de las mismas para exonerarlas de impuestos. Y su entrega al momento de abordaje de la nave, garantiza su salida del país. Obviamente esta modalidad especial de exportación no puede cumplir con el requisito del formulario único de exportación, exigido por la administración municipal. Pero ello no indica que no respondan al objetivo de promoción de exportaciones de bienes nacionales señalado por la ley. Cosa bien distinta es el expendio de mercancías extranjeras en dichos establecimientos, pues éste no corresponde a dicho objetivo y en consecuencia, no puede ampararse con el beneficio tributario del no gravamen.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2850. Actor: FOTO INTERNACIONAL DE COLOMBIA LTDA. (FIDECOL LTDA.) Apelación de la sentencia del 29 de septiembre de 1989 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de Industria y Comercio 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 29 de septiembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho intentado por la

sociedad FOTO INTERNACIONAL DE COLOMBIA LTDA. (FIDECOL LTDA.), contra el acto administrativo de determinación del impuesto de Industria y Comercio practicado por la Dirección de Impuestos Distritales de Bogotá, para el año fiscal de 1983.

ANTECEDENTES

La Dirección de Impuestos Distritales de Bogotá, mediante liquidación oficial No. 54479 del 26 de febrero de 1986, determinó a la contribuyente el impuesto de Industria y Comercio correspondiente al año gravable de 1983, al encontrar que incurrió en omisión de ingresos, al detraer de la base gravable sobre la cual se aplicó la tarifa impositiva, e ingresos, que según su criterio, no podía excluir de la base impositiva.

Contra el acto administrativo, interpuso la contribuyente los recursos pertinentes por la vía gubernativa que fueron resueltos contrariamente a sus pretensiones, mediante Resoluciones 677 de 17 de junio de 1986 y 021 de 23 de enero de 1987, razón por la cual la sociedad FOTO INTERNACIONAL DE COLOMBIA LTDA. (FIDECOL LTDA.), demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el restablecimiento del derecho, alegando violación de los artículos 47 del Decreto 444 de 1967, 33 inciso 1° de la Ley 14 de 1983, 16 numeral 5° del Acuerdo 21 del 9 de diciembre de 1983 del Concejo Municipal de Bogotá; 1° del Acuerdo 03 de 1984, y 17 del Acuerdo 10 de 1974 del mismo Concejo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda al considerar que:

No hubo violación del artículo 47 del Decreto 444 de 1967, porque aquél se refiere a la exoneración de gravámenes de importación y de consumo que no es el mismo de Industria y Comercio porque el primero es indirecto y castiga el consumo, mientras que el segundo es directo y castiga la actividad industrial y comercial.

Que tampoco hay violación de la norma porque el Decreto 2466 de 1984, define legalmente el concepto de exportación referido a la salida con destino a otro país de mercancías que hayan tenido circulación libre o restringida en el territorio colombiano, y que las mercancías que se venden en los depósitos francos jamás franquean las aduanas nacionales, y que por consiguiente no hubo transgresión del artículo 33 numeral 1° de la Ley 14 de 1986 y 16 numeral 5° del Acuerdo 21 de 1983, poque la actora ni con la contestación al requerimiento, ni con la interposición de los recursos aportó documento probatorio que acreditara la realización para venta de exportaciones por $75.191.634, que sería la certifi-

cación expedida por la aduana conforme al artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983 y tampoco hubo violación del artículo 17 del Acuerdo 10 de 1974 toda vez que no estaba vigente para el período estudiado.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, pide que la sentencia se revoque, tomando en cuenta las consideraciones contenidas en los salvamentos de voto de dos magistrados y el condicionado de otro de ellos, conforme con los cuales se reconoce la naturaleza exportadora de la sociedad accionante y con derecho a no ser gravada por los impuestos de industria y comercio, pero se consideró por el 3° de ellos, insuficiente la probanza, hecho este último que no comparte porque el formulario único de exportación que se tramita ante el INCOMEX y otras autoridades no tienen operancia para el funciomamiento de los depósitos francos, sino que se requiere solamente la expedición de la factura comercial tal como lo previene el artículo 4° de la Resolución No. 219 de 1972 de la Dirección General de Aduanas.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelación, porque las ventas que realizan los almacenes DUTY FREE, no están libres de impuestos, que además la contribuyente no allegó documento alguno de la Junta Distrital de Hacienda, reconociéndole la favorabilidad de una *no sujeción* o de una exención a la declarante y que es jurídicamente imposible que las operaciones de ventas de la sociedad se realicen todas bajo la modalidad de reexportación, dadas las condiciones establecidas en la Resolución 0219 de marzo 2 de 1972, por la cual se autorizó a la actora para establecer un depósito franco en el Aeropuerto Internacional El Dorado, en donde se le exige mantener una existencia de artículos nacionales hasta de $2.000.000, luego es obvio que la totalidad de las ventas no pudieron efectuarse por el sistema de reexportación. Concluye que realmente la contribuyente no exporta nada, ni su negocio tiene por objeto o finalidad específica la exportación directa e inmediata de algo, porque la mercancía que vende no franquea la aduana nacional.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada porque no se dan las supuestas transgresiones a las normas señaladas como violadas.

Que no se violó el artículo 47 del Decreto 444 de 1967, porque los gravámenes de importación y consumo son distintos del de industria y comercio. Que tampoco el cargo de violación del artículo 33, inciso 1° de la Ley 14 de 1983,

prospera poque no hay prueba de que las actividades de la demandante sean típicamente exportadoras por la naturaleza de la modalidad que les está asignada y que el hecho de que la exportadora venda al menudeo artículos a personas naturales que viajan al exterior, no constituye exportación ni corresponde al concepto jurídico de exportación consagrado en el artículo 1° del Decreto 2466 de 1984 y que por lo mismo no prospera el cargo de violación del artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983, porque la actora no demostró la exportación de artículos de producción nacional.

Por último con relación al cargo de violación del artículo 17 del Acuerdo 10 de 1974, estima que dicha norma era inaplicable para el año de 1983, en razón de haber sido derogada por el artículo 119 del Acuerdo 21 de 1983.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto fundamental de la controversia es el de precisar si efectivamente la contribuyente tiene derecho a deducir de la base gravable con el Impuesto de Industria y Comercio, el valor de los ingresos por ventas hechas a viajeros con destino al exterior, a través del Depósito Franco localizado en el Aeropuerto Internacional "El Dorado", actividad para la cual la interesada contaba con la respectiva autorización administrativa.(Art.47 Decreto 444 de 1967).

Previamente, la Sala aclara que tratándose del gravamen del Impuesto de Industria y Comercio frente a las exportaciones, ha reiterado su exoneración en copiosa jurisprudencia expedida con base en el Decreto 444 de 1967, que fijó su objetivo en su artículo 1° así:

> "El régimen de cambios internacionales y de comercio exterior que este decreto establece *tiene por objeto promover el desarrollo económico y social* y el equilibrio cambiario a través de los siguientes medios:
>
> "a) *Fomento y diversificación de las exportaciones;*
>
> b) ...
>
> c) ...
>
> d) ...
>
> e) ...
>
> f) ...
>
> Parágrafo: Las disposiciones del presente estatuto se interpretarán de conformidad con este artículo". (Subraya la Sala).

Para lograr el objetivo propuesto en literal a), el capítulo X del Decreto, estableció los estímulos a las exportaciones y consagró expresamente en el artículo 169, la prohibición absoluta a los Departamentos y Municipios de gravar en forma alguna la exportación o el tránsito de los bienes destinados a ella. Dice así la norma:

> ART. 169.- Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación, ni sobre el tránsito de productos destinados a esta".

Este mismo objetivo quedó plasmado y repetido en la Ley 14 de 1983, cuando en su artículo 33, al determinar la base gravable del mismo impuesto dispuso que:

> "El impuesto de industria y comercio se liquidará sobre el promedio mensual de impuestos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de devolución, ingresos provenientes de venta de activos fijos y de *exportaciones...*" (Subraya la Sala).

Atendiendo entonces al objetivo perseguido por las normas legales de hacer competitivo el producto nacional en el mercado internacional, es preciso determinar si efectivamente la contribuyente realizó o no ventas que constituyan "exportaciones" en términos de beneficio tributario. Considera la Sala que las ventas de artículos nacionales a viajeros para el exterior sin manifiesto aduanero es una exportación sui generis, tanto que el mismo Decreto 444 de 1967, se ocupa de las mismas para exonerarlas de impuestos. Y su entrega al momento de abordaje de la nave, garantiza su salida del país. Obviamente esta modalidad especial de exportación no puede cumplir con el requisito del formulario único de exportación, exigido por la administración municipal. Pero ello no indica que no respondan al objetivo de promoción de exportaciones de bienes nacionales señalado por la Ley.

Pero cosa bien distinta es el expendio de mercancías extranjeras en dichos establecimientos, pues éste no corresponde a dicho objetivo y en consecuencia, no puede ampararse con el beneficio tributario del no gravamen, máxime si, como lo afirma el apoderado judicial de la entidad demandada, tales mercancías jamás han entrado al territorio nacional jurídicamente.

Así las cosas era indispensable que el contribuyente hubiera señalado el monto de las ventas de productos nacionales (únicas que causan reintegro de divisas al Banco de la República) y probado su valor para efectos de cuantificar el monto del beneficio tributario, pruebas que la Sala hecha de menos ya que las aportadas al libelo no determinan cuantías y en consecuencia, hace imposible precisar el beneficio tributario.

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, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA/ TITULO EJECUTIVO/ CADUCIDAD DEL CONTRATO/ NOTIFICACION

Tratándose de los llamados contratos administrativos la garantía de cumplimiento por sí sola no constituye título ejecutivo sino que hace parte integral del mismo la resolución administrativa mediante la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato. Acto administrativo que de acuerdo con lo ordenado por el artículo 64 del Decreto 222 de 1983, debe notificarse personalmete a los interesados, y si ello no es posible debe publicarse un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutiva. De lo anteriormente expuesto de deduce la necesidad de notificar a la compañía garante de los contratos administrativos de la resolución de caducidad y/o de la que aprueba la liquidación (si en ella no ha intervenido). Tales notificaciones deberán hacerse por el rito especial (art.64 D.222/83) o a falta de éste, por el general prescrito en el código.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2932. Actor: LA NACION - ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO/SEGUROS CARIBE S.A. Jurisdicción Coactiva. Apelación del Auto de Mandamiento de pago proferido por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales. AUTO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la ejecutada contra el Auto de Mandamiento de pago dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales el 30 de agosto de 1989.

ANTECEDENTES

El Juzgado ejecutor, con base en las Resoluciones 039 de 1984; 006, 029, 055, y 092 de 1985, ejecutoriadas, remitidas por la ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO - ELECTRANTE S.A., mediante las cuales se declaró la caducidad administrativa del contrato AJ 011-83 amparado por la póliza de seguro 7601 expedida por Seguros Caribe S.A., libró orden de pago por vía ejecutiva por jurisdicción coactiva por valor de $51.135.044 a favor del Tesoro Nacional y en contra de Seguros Caribe S.A.

LA APELACION

Intimado el mandamiento de pago, el apoderado judicial de la entidad demandada interpone recurso de apelación, contra el mismo, alegando que ni la Resolución mediante la cual se declaró la caducidad del contrato AJ 011-83 ni las que liquidaron el contrato fueron notificadas a Seguros Caribe S.A., que en éstas condiciones las Resoluciones 039 de noviembre 6 de 1984 y 055 de febrero 13 de 1985, no producen efectos legales contra su representada y solicita la revocación del mandamiento ejecutivo, porque Seguros Caribe S.A., no fue vinculado jurídicamente, o en el peor de los casos por no estar ejecutoriadas las resoluciones frente a Seguros Caribe S.A.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 68 numeral 4° del Decreto 01 de 1984, prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, los contratos, las pólizas de seguros y las demás garantías que otorgen los contratistas a favor de entidades públicas, que integran título ejecutivo con el acto administrativo de liquidación final del contrato, o con las resoluciones ejecutoriadas que decretan la caducidad o la terminación según el caso.

Tratándose de los llamados contratos administrativos la garantía de cumplimiento por sí sola no constituye título ejecutivo sino que hace parte integral del mismo la resolución administrativa mediante la cual se declaró la caducidad del contrato.

Acto administrativo que de acuerdo con lo ordenado por el artículo 64 del Decreto 222 de 1983, debe notificarse personalmente a los interesados, y si ello no es posible debe publicarse un aviso en periódicos de amplia circulación, con inserción de la parte resolutiva.

Es claro que para la Resolución de caducidad puede integrar título ejecutivo con la póliza de seguro, es necesario que aquella halla sido notificada "personalmente a los interesados" o sea, tanto al contratista como a la aseguradora garante.

El mismo artículo 64 del Decreto 222 de 1983 señala la publicación de un aviso en periódico de amplia circulación si no fuese posible la notificación personal a los interesados.

El mismo procedimiento rige para las resoluciones de imposición de multas. (art.71 *ibídem*).

En cuanto al acto final de liquidación según el artículo 289 presta mérito ejecutivo "contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo" y al no haber previsiones especiales en cuanto a la notificación de la resolución que la aprueba, deben seguirse las generales prescritas por el Decreto 01 de 1984 de las cuales se destacan los artículos 14 y 15 por una parte y los artículos 44 y siguientes por otra.

Los artículos 44 y 45 del Decreto 01 de 1984, ordenan que las decisiones que ponen término a una actuación administrativa deben notificarse personalmente y en subsidio por edicto a los interesados y uno de estos es la aseguradora garante.

De lo anteriormente expuesto se deduce la necesidad de notificar a la compañía garante de los contratos administrativos de la resolución de caducidad y/o de las que aprueba la liquidación (si en ella no ha intervenido). Tales notificaciones deberán hacerse por el rito especial (art.64 Dcto. 222/83) o a falta de éste, por lo general prescrito en el Código.

Analizando el proceso no se encuentra en parte alguna constancia de citación para notificar personalmente las Resoluciones 039 de 1984 y 065 de 1985 a la Compañía de Seguros, y aún cuando el apoderado de la ejecutante manifiesta que mediante aviso publicado en el Diario "El Heraldo" el 5 de marzo de 1985, edición 16016 (fl. 108 cdno. ppal.) se notificó la Resolución que declaró la liquidación del contrato, esta publicación por sí sola no surte efecto por las razones ya expuestas.

Los documentos analizados demuestran ausencia total de notificación de las resoluciones que integradas con la póliza, conforman el título ejecutivo en este juicio que por este motivo resulta ineficaz según las voces del artículo 48 del Decreto 01 de 1984 y en consecuencia habrá de revocarse el auto apelado.

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

RESUELVE

REVOCASE el mandamiento de pago.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ BASE GRAVABLE/ OMISION DE INGRESOS

De acuerdo con lo exigido por el artículo 16 del Decreto 2815 de 1974, la declaración debía contener el total de las ventas brutas efectuadas por el contribuyente, de cualquier clase de bienes, realizados o no dentro del giro normal de negocios y el valor de los servicios prestados gravados o no. Si la ley señala que el volumen total de las ventas del período debe declararse en el mes siguiente, no puede el contribuyente pretender fraccionarlas para incluir parte de su valor en otro período, o pretender que por este hecho no se incurrió en el anterior en omisión de ventas. No se está habilitado por la ley a enmendar la omisión incurrida trasladando las ventas omitidas al bimestre siguiente. Era su deber una vez detectado el error, proceder a corregido mediante la adición de la declaración tributaria dentro del plazo señalado por la ley (Primer bimestre de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2582. Actor: GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. IMPUESTOS. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia del 22 de mayo de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por la sociedad "GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.", contra los actos administrativos que le fijaron el impuesto sobre las ventas por el primer bimestre de 1983.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas correspondiente al primer bimestre de 1983, con saldo a favor de $10.500.615.

Mediante inspección contable ordenada por auto comisorio 000048 de mayo 8 de 1984, la Administración consignó en el Acta de visita que la sociedad omitió declarar la suma de $10.909.148, correspondiente a la venta de materia prima sin transformación, en consecuencia practicó liquidación de revisión en la que adicionó el impuesto a cargo con el valor de $1.447.728 y sancionó por inexactitud.

Inconforme la sociedad interpuso recurso de reconsideración ante la Administración, alegando que había compensado el error en el bimestre subsiguiente, la que accedió a las pretensiones de la recurrente y envió el fallo en consulta ante la Dirección General de Impuestos Nacionales, quien mediante Resolución No. R-0139 V de octubre 28 de 1987, con la cual se agotó la vía gubernativa, revocó la providencia consultada y confirmó la liquidación de revisión.

Inconforme la contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, alegando violación de los artículos 15 del Decreto 2815 de 1974, 8° del Decreto 2903 de 1975; 30 del Decreto 1813 de 1984; 31 de la Ley 52 de 1977 y 37 del Decreto 1651 de 1961.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda basándose en el concepto de la fiscalía para quien, las disposiciones invocadas por el libelista enuncian la anualidad, pero enumeran los bimestres respectivos, señalando la obligación de efectuar una declaración por cada uno de esos bimestres, lo cual revela la independencia absoluta de ellos, y en caso de cometerse un error en uno de ellos de acuerdo con las normas, procede la enmienda de la declaración en el término establecido por la ley y no la compensación en otros bimestres.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora apela la sentencia, pues a su juicio, la decisión es abiertamente ilegal ya que la sentencia al apoyarse en el criterio de la fiscalía yerra porque ésta entiende que la adición fue por ventas excluidas del gravamen, cuando se trata de reintegro de impuestos pagados y deducidos sobre venta de materias primas, que no fueron procesadas sino vendidas sin transformación. Que además la tesis sobre la independencia de los bimestres es demasiado formalista sin entrar al análisis de lo sustancial. Insiste que en materia del impuesto sobre las ventas lo que hay es dependencia, continuidad y correlación entre los bimes-

tres, no sólo porque existen normas legales que determinan tal dependencia, sino que desde la reforma de 1983, que rigió hasta 1987, la declaración del impuesto sobre las ventas es anual y sigue siendo anual para el régimen simplificado.

OPOSICION A LA APELACION

Se opone a las pretensiones de la apelación la apoderada judicial de la entidad demandada, argumentando que el artículo 15 del Decreto 2815 de 1974, establece los períodos bimestrales con la obligación de declarar dentro del mes siguiente al período bimestral y que el artículo 8° del Decreto 2803 de 1975, tiene sentido similar al anterior y que incurre en error el apoderado de la sociedad al afirmar que el período en el impuesto a las ventas es el año fiscal, subdividido en bimestres.

CONCEPTO DEL FISCAL

La Doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, Fiscal sexto de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada merece ser confirmada porque en materia del impuesto sobre las ventas, para el bimestre en cuestión, los res-ponsables que tuvieran saldos créditos, tenían período fiscal bimestral, lo cual implica saldar el impuesto a las ventas cada dos meses, e incluso llevarla a cero, si se tramitaba la correspondiente devolución del saldo crédito, sin que fuera cierto que las operaciones de un determinado bimestre se pudieran declarar indistintamente en una u otra declaración, por cuanto el período no es anual sino bimestral. Y en materias de impuesto sobre las ventas existe estrecha vinculación entre la contabilización y el contenido del respectivo denuncio, y que por lo tanto la omisión de ventas en un período, no podía enmendarse trasladando su valor al bimestre siguiente, sino corrigiendo la declaración mal presentada dentro del plazo legal, pues no se trataba de un simple arrastre en la cuenta corriente de saldos de impuesto de un bimestre a otro, sino de la omisión en la declaración de una información contabilizada.

Que de otra parte la sociedad tampoco logró probar suficientemente que los impuestos objeto de reintegro adicionados por la Adminstración, se hubieran sumado efectivamente a las declaradas en el segundo bimestre porque el análisis a la cuenta de ventas que efectuó la Adminstración, si bien evidencia la compensación con respecto a las ventas omitidas en el bimestre anterior, no menciona la inclusión del mayor impuesto reintegrado y no declarado en la anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto de discusión no es otro que el determinar si el contribuyente estaba o no obligado por la ley a incluir en la declaración del impuesto a las ventas la totalidad de las enajenaciones efectuadas en el primer bimestre de 1983.

Para el período en cuestión estaban vigentes las normas contenidas en el Decreto 1988 de 1974 y sus reglamentarios 2810 y 2815 de 1974. No estaba vigente el Decreto Extraordinario 3541 de 1983, que invoca la demanda ni sus normas reglamentarias, pues el artículo 94 del mismo, señaló que entraría a regir el 1o. de abril de 1984, salvo lo dispuesto en los artículos 40, 46, 81, 86, 87, 88, 89 y 91 con relación a los cuales rigió a partir de la fecha de su expedición: diciembre 23 de 1983, menos aún estaban vigentes las normas contenidas en leyes y decretos posteriores.

Conforme al artículo 15 del Decreto 2815 de 1974, la declaración debía presentarse dentro del mes siguiente al correspondiente "PERIODO BIMESTRAL" de donde se infiere, contrariamente a lo expresado por el apoderado de la actora, que la obligación de presentar declaración de ventas, no era anual sino bimestral.

De acuerdo con lo exigido por el artículo 16 *ibídem*, la declaración debía contener el total de las ventas brutas efectuadas por el contribuyente, de cualquier clase de bienes, realizados o no dentro del giro normal de negocios y el valor de los servicios prestados gravados o no, más las entregas a vinculados económicos, o los mayores precios recibidos por aumento del precio convenido con posterioridad a la venta.

Así, pues que por imperativo legal la contribuyente estaba obligada a incluir dentro del total de ventas brutas el valor de $10.909.148 correspondiente a ventas de materias primas sin transformación y a aplicarles la tarifa del impuesto señalada por la ley (art. 14 del Decreto 1494 de 1978); es obvio entonces que al haberlas omitido incurrió en inexactitud por el período aludido.

De otra parte, las normas sobre impuestos son de estricto cumplimiento, sin que pueda permitírsele a los administrados el manejo a su acomodo. Por ello, si la ley señala que el volumen total de las ventas del período debe declararse en el mes siguiente, no puede el contribuyente pretender fraccionarlas para incluir parte de su valor en otro período, o pretender que por este hecho no se incurrió en el anterior en omisión de ventas. Comparte entonces la Sala, el concepto de su colaboradora fiscal en el sentido de confirmar la sentencia porque el contribuyente no estaba habilitado por la ley a enmendar la omisión incurrida trasladando las ventas omitidas al bimestre. Era su deber una vez detectado el error, proceder a corrgirlo mediante la adición de la declaración tributaria dentro del plazo señado por la ley.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAUSACION DEL INGRESO/ CONTABILIDAD POR CAUSACION/ ADICION DEL INGRESO/ CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS

La afirmación de que dado el objeto social de la empresa, construcción de inmuebles en una sola obra, no podía determinarse la renta sino al final de la terminación y liquidación de la misma, es cierta; está contemplada en la ley y constituye la precisión del concepto de causación del ingreso en los contratos de servicios autónomos, cuando el pago se efectúe por cuotas y éstas correspondan a más de un ejercicio gravable razón por la cual la ley permite como segunda opción, diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos hasta la realización del ingreso, pero en manera alguna faculta al contribuyente para omitir los mismos. En la venta de materiales y enajenación de bienes inmuebles el ingreso se causó cuando nació el derecho a exigir su pago, aun cuando no se hubiese hecho efectivo el cobro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia:Expediente No.2824 Actor: CENTRO COMERCIAL COMBEIMA LTDA. Apelación sentencia del 4 de diciembre de 1989, Tribunal Administrativo del Tolima. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1982. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la actora contra la sentencia del 4 de diciembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado por el

Centro Comercial Combeima Ltda., contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo por el año gravable 1982.

ANTECEDENTES

El 1o. de junio de 1983 el contribuyente presentó la declaración tributaria y liquidación privada del impuesto sobre la renta por el año gravable de 1982, denunciando pérdida fiscal por valor de $98.067 frente a ingresos brutos de $40.334.750. La Administración de impuestos mediante auto comisorio No.0003 RVI A.E del 14 de noviembre de 1984, ordenó inspección ocular a la sociedad declarante con el fin de verificar los valores para establecer el impuesto de renta.

Como resultado de dicha inspección, se produjo el Acta de Visita que obra dentro del expediente a folios 181 a 211 del cuaderno de antecedentes administrativos y con base en la cual mediante requerimiento 0022 del 6 de junio de 1985, se propuso a la sociedad la modificación de su liquidación privada como consecuencia del rechazo de costos y deducciones por $5.777.447, que si bien fueron pagados en 1982 correspondían a vigencia fiscal distinta, $498.800 por carecer de comprobantes externos, la adición de ingresos omitidos, y el rechazo de impuestos no deducibles, así como la imposición de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad.

Como consecuencia se practicó liquidación de revisión a la sociedad determinándole un mayor valor por impuestos por $2.377.835 y $4.932.581 por sanciones.

Inconforme la contribuyente ejercitó los recursos pertinentes por la vía gubernativa, obteniendo únicamente la disminución de la renta gravable en la suma de $1.088.962, correspondientes a participaciones no recibidas de las sociedades Combeima, Bolo Club y Punto Rojo Ltda., que le representó un menor valor del impuesto por $217.792 y disminución de sanciones por $435.584.

Inconforme la sociedad acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Tolima, alegando violación de los art. 1° y 9° de la Ley 145 de 1960; 16 del Decreto 3410 de 1983; 30 y 31 de la Ley 52 de 1977; 25 del Decreto 825 de 1978 y 15, 16 y 31 del Decreto 2053 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, denegó las súplicas de la demanda al considerar, que no prosperaba el cargo de violación de los artículos 1° y 9° de la Ley 145 de 1960, porque no se puede dudar del valor probatorio de la inspección contable por el hecho de no haber actuado un contador público, pues las leyes tributarias no lo exigen así y siendo un medio de prueba aceptado administrativa y judicialmente solo puede desvirtuarse su credibilidad por aque-

llos medios autorizados por la ley y útiles para la formación del convencimiento del juzgador. Y que las certificaciones de los contadores públicos y revisores fiscales como prueba contable no pueden desbordar las normas legales en el sentido de impedir a la Administración hacer las comprobaciones pertinentes.

Con relación a la violación del artículo 16 del Decreto 3410 de 1983 por deducciones pagadas en 1982, y la no admisión como plena prueba de la certificación contable estimó improcedente el cargo debido a las normas de causación y a que el cumplimiento de las obligaciones contables no se hace por certificación de los contadores o revisores fiscales, poque no tendría objeto la exigencia de libros de contabilidad y comprobantes que respaldan las operaciones.

Así mismo, que no prosperaba el cargo de violación de los artículos 15, 16 y 31 del Decreto 2053 de 1974, porque la venta de lavamanos, retales de materiales etc., la mayor utilidad de la venta del lote de la Plaza de Bolívar por $2.000.000, y la mayor utilidad por venta del apartamento 702 y garajes 65 y 66 han debido declararse porque constituyen ingreso suceptible de gravamen y así debieron denunciarse y no dentro de la provisión para obras de construcción.

Que de igual forma las sanciones por inexactitud y libros eran consecuentes con la omisión de ingresos y la violación del artículo 57 del Decreto 3803 de 1982, por parte de la actora.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora al apelar la sentencia del *a-quo*, la acusa de haberse separado de las directrices señaladas por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo y a reproducir únicamente los argumentos de la Dirección General de Impuestos sin agregar nuevas razones de convicción, estima que interpreta erróneamente los artículos 15 y 16 del Decreto 2053 de 1974, al apartarse del concepto de renta fiscal de EARL R. RELPH Y RICHARD A. MUSGRAVE que enseñan que la "renta es el incremento durante el período en el valor neto de los capitales, más el consumo, cuando la renta es positiva y la disminución en el valor neto de los capitales, más el consumo cuando la renta es negativa". Que corresponde determinar en cada caso concreto si un ingreso es o no constitutivo de renta, o si este simplemente viene a menguar o disminuir una pérdida, entendida en la definición del artículo 25 del Código del Comercio, para determinar si el ingreso dentro del período incrementa el patriminio o simplemente disminuye la pérdida, por lo cual es necesario analizar el conjunto de operaciones de la empresa al final del ejercicio.

Que las sumas adicionales como ingreso por la Administración de Impuestos en ningún momento pueden calificarse ni dárseles el trato de ganancias materializadas dentro del período, porque si el patrimonio y capital de la sociedad estaban dedicados exclusivamente a la construcción de una sola obra en 1982, sin terminarla al final del ejercicio lo normal era que las aludidas ventas se llevarán a

cuenta de provisión para construcción, que en consecuencia la Administración no podía, sin haberse liquidado la obra, determinar un tributo alterando las cifras de la declaración de renta, porque se alteraría sin ningún presupuesto fáctico el balance del mandante.

Critica así mismo que el Tribunal no haya aceptado la prueba documental presentada tendiente a demostrar la realidad del pago, con la declaración de renta del beneficiario presentada por el mismo período fiscal.

OPOSICION A LA APELACION

El apoderado judicial de la entidad demandada se opone a las pretensiones de la apelación, luego de hacer un recuento de la actuación administrativa y de la demanda, para decir que el Tribunal tiene razón en su decisión porque las certificaciones del contador público no pueden prevalecer contra los libros de contabilidad y sus comprobantes, y que además comparte el criterio del Tribunal con relación a los gastos glosados, adiciones y sanciones confirmados.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Olga Lucía Zuluaga V., Fiscal Sexta de esta Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe ratificarse en relación con la adición de ingresos de venta de lavamanos, retales de materiales y utilidades en enajenación de inmuebles por corresponder a ventas e ingresos gravables y que las explicaciones de la actora no son suficientes para modificar la actuación administrativa.

Con relación a los pagos por concepto de intereses y honorarios por $5.735.705, estima que debe mantenerse su rechazo por corresponder a la vigencia de 1981 y que en consecuencia sólo su deducción podía pedirse en dicho período, sin que la accionante por otra parte hubiera desvirtuado en debida forma la actuación oficial.

Estima que no ocurre lo mismo con los pagos por cuota de matrícula de agua y luz, intereses al B.C.H. y pago de $15.660, porque las explicaciones dadas en el dictamen pericial, deben considerarse suficiente para aceptar su procedencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto se refiere exclusivamente en determinar si efectivamente la actora, estaba o nó en la obligación de declarar los ingresos que la Administración le adicionó; si efectivamente no eran ingresos constitutivos de renta y así mismo, si los pagos hechos por concepto de intereses y honorarios a favor de Walter Rothlisberg y Cía Ltda., podían solicitarse como deducción en 1982, o si era improcedente su inclusión como deducibles por corresponder a vigencia fiscal distinta.

En primer lugar se observa que la sociedad manifiesta en la declaración tributaria que lleva su contabilidad por el sistema de causación.

De acuerdo con la ley tributaria vigente en 1982, especialmente con el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974, los ingresos se entienden realizados, en principio, cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie, en forma que equivalgan legalmente a un pago, o cuando el derecho a exigirlos se extingue por cualquier otro modo legal distinto al pago como en el caso de las compensaciones o confusiones. Pero el mismo artículo exceptúa de este concepto, los ingresos obtenidos por contribuyentes que lleven su contabilidad por el sistema de causación, evento en el cual los ingresos deben denunciarse cuando se causen, así no se hayan recibido. De la misma manera los ingresos recibidos, que corresponden a rentas no causadas solo se gravan en el período fiscal en que se causen.

De acuerdo con el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, el ingreso para que llegue a constituir renta debe corresponder a ingresos ordinarios o extraordinarios del contribuyente, realizados o causados en un período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio y que no esten expresamente exceptuados por la ley como constitutivo de renta.

Se considera que es suceptible de producir incremento neto del patrimonio cuando potencialmente puede ser capitalizado. Para evitar confusiones la misma ley exceptúa como ingresos suceptibles de producir incremento neto del patrimonio los reembolsos de capital y la indemnización por daño emergente.

Se observa que las sumas que la Administración adicionó al contribuyente corresponden a la enajenación de bienes inmuebles y materiales de construcción que son susceptibles de enriquecer el patrimonio del contribuyente independientemente de los costos y deducciones imputables a los mismos, por no tratarse de conceptos exceptuados por la ley.

Alega el contribuyente que dado el objeto social de la empresa: construcción de inmuebles en una sola obra, no podía determinarse la renta sino al final de la terminación y liquidación de la misma. Afirmación que es cierta y que está contemplada por los artículos 68 y 69 del Decreto 2053 de 1974 y que constituyen la precisión del concepto de causación del ingreso en los contratos de servicios autónomos, cuando el pago se efectúe por cuotas y éstas correspondan a más de un ejercicio gravable razón por la cual la ley permite como segunda opción, diferir los costos y deducciones efectivamente incurridos hasta la realización del ingreso, pero en manera alguna faculta al contribuyente para omitir los mismos.

Debe así mismo el interesado acogerse al sistema y cumplir las exigencias impuestas por la ley para tener derecho a diferir ingresos y egresos. No es válido entonces alegar la no inclusión del ingreso por enajenación de materiales y bienes inmuebles y darlo por diferido cuando no se cumpla con las exigencias de orden legal, ni se prueba el hecho que permite diferirlo.

Así mismo, en materia de costos y deducciones tratándose del sistema de ventas a plazos y en contratos por servicios autónomos permite la ley que puedan solicitarse en período gravable distinto al de su causación, con el cumplimiento de los requisitos legales.

El contribuyente no prueba ninguna de las circunstancias que la ley indica para hacerse acreedor a dicho beneficio, en consecuencia los ingresos debieron denunciarse y gravarse en el año en que se causaron. Es de anotar que en la venta de materiales y enajenación de bienes inmuebles el ingreso se causó cuando nació el derecho a exigir su pago, aún cuando no se hubiese hecho efectivo el cobro.

Pero en el caso *sub-judice,* no sólo el ingreso se causó sino que se recibió en el año de 1982, por mayor valor del declarado sin que exista razón jurídica probada que exonere de su inclusión dentro de la renta del ejercicio. Por esta razón comparte la Sala la decisión del *a-quo* y el concepto de la colaboradora fiscal, en el sentido de mantener la adicción de ingresos efectuada por la Administración de Impuestos.

Con relación a los costos y gastos pagados por valor de $5.777.447, rechazados por la Administración, es imperativo un razonamiento análogo, pues si el gasto se causó en 1981, no podía en principio la sociedad contribuyente solicitarlo en 1982, a no ser que existiera razón jurídica que así lo permitiera y siempre y cuando se hubiera demostrado el hecho y el cabal cumplimiento de las exigencias de la ley.

Consignado en el acta de visita contable, (pág. 10 costos de otras vigencias) que el gasto no se causó en la vigencia de 1982, pudo la contribuyente haber demostrado lo contrario, bien con los documentos de fecha cierta de donde se derivara la obligación del pago, o bien con la certificación de los registros contables de la beneficiaria de donde pudiera evidenciarse que los asientos por pagos efectuados en marzo 2 de 1982 sí correspondían a los causados en este vigencia. No resulta prueba suficiente para desvirtuar el hecho, la presentación de la copia de la declaración de renta de la beneficiaria del pago, porque sus anexos sólo dan cuenta de los ingresos del ejercicio indicando valores recibidos de la actora, pero en sumas que exceden la discutida sin poder establecerse si ellas corresponden a honorarios e intereses causados en el ejercicio o nó y sin que de otra parte dichos anexos contengan firma responsable del representante o contador de la empresa.

Comparte la Sala la decisión del *a-quo*, de no aceptar como deducible el valor de $41.742 por concepto del valor de matrícula del mes de diciembre de 1981, por corresponder a vigencia distinta, además si como lo manifiestan los peritos se trata de un reembolso hecho al propietario ello no altera la causación del mismo en el año de 1981, y además los reembolsos de capital no constituyen deducción.

El egreso por valor de $15.666 por concepto de impuesto sobre las rentas por servicios de parqueadero, que se cargó a la cuenta otros ingresos, no puede

admitirse en razón de que si bien los peritos manifiestan que se trata de una corrección que solo requiere comprobación interna, no de cuenta del comprobante interno por medio del cual se corrigió el error.

Los intereses pagados al BCH por $498.800 correspondientes a subrogación por venta del local a Miguel R. Salazar tampoco pueden aceptarse porque como lo consigna el acta de visita carece el asiento respectivo del soporte interno y aún cuando los peritos manifiesten, que el asiento lo consideran correcto, tal aseveración no suple la falta de comprobantes y el peritazgo nada dice en este sentido. Además la actora no probó la subrogación que originó el pago de intereses, ni acompañó la certificación correspondiente, que permitiera dar certeza sobre el gasto y su deducibilidad ante la ineficacia de su contabilidad para probarlo.

Por todo lo anterior, la sentencia apelada habrá de confirmarse.

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

FALLA

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DEMANDA - Requisitos/ **FALLO EXTRA PETITA** - Improcedencia

El artículo 137 del C.C.A. establece qué debe contener la demanda y expresamente se exige precisión en los fundamentos de derecho de las pretensiones y si se trata de la impugnación de un acto administrativo se deben indicar las normas violadas y el concepto de la violación. Pero esto no puede hacerse sino en esa oportunidad procesal que fija el marco jurídico del proceso y no posteriormente, así como tampoco puede modificarse con motivo del alegato de conclusión. Se observa que el actor no invocó en forma expresa, las normas violadas consideradas por el *a-quo* como normas fundamentales que determinaron la decisión del *a-quo*, conformándose con ello un fallo *extra petita* que no es procedente.

SANCION ADMINISTRATIVA/ SANCION PENAL - Interpretación.

En cuanto a la aplicación de normas penales a casos administrativos la Corporación ha dicho que 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 un objetivo político del Estado, en caso 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 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 el dolo y la culpa.

DERECHO DE DEFENSA/ PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO

El derecho de defensa y el principio del debido proceso no fueron desconocidos por los actos demandados, toda vez que dichas decisiones administrativas pudieron ser impugnadas y controvertidas... a través de los recursos administrativos que la ley consagra como instrumento de protección jurídica de los administrados. Y si además se tiene en cuenta que las entidades vigiladas presentan periódicamente sus informes a la Superintendencia Bancaria y son los datos allí consignados los que se consideran para establecer su situación en materia de encaje, la decisión de imponer una sanción como la aquí demandada, se basa en las informaciones suministradas por la misma entidad sancionada, sin modificación por parte de la Superintendencia, y por ello, considera la Sala que la alegada falta de requerimiento previo no implica la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ni de las normas que lo desarrollan.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., marzo quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 1976. Actor: Banco Ganadero c/ Superintencia Bancaria. Autoridades Nacionales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia Bancaria contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de agosto de 1987, que declaró la nulidad de la Resolución No. 0458 expedida por la Superintendencia Bancaria el 11 de febrero de 1985 en la que impuso sanción por defectos de encaje al Banco Ganadero en cuantía de $1.641.566 durante el mes de noviembre de 1984.

ANTECEDENTES

Por medio de la Resolución No. 0458 de 11 de febrero de 1985, la Superintendencia Bancaria impuso al Banco Ganadero sanción pecuniaria en cuantía de $1.641.566 por los defectos de encaje en que incurrió durante el mes de noviembre de 1984. El Banco no hizo uso de ningún recurso en la vía gubernativa.

LA DEMANDA Y EL ALEGATO DE CONCLUSION

En escritos visibles a folios 1 a 4 (demanda) y 67 a 98 (Alegato de Conclusión) la parte actora expone los argumentos con los cuales intenta se anule, por la jurisdicción contenciosa, la sanción pecuniaria que le impuso la Superintendencia Bancaria. Los memoriales antedichos se pueden resumir así: a) Nulidad

constitucional por no observar el debido proceso (art. 26 C.N.). Afirma que en la resolución demandada se "pasó por encima de las reglas del debido proceso" puesto que el acto de condena no estuvo precedido de la más elemental de las garantías que en dicha materia reconoce nuestra Carta Fundamental. Acusa la violación del art. 215 del C. de P.P. porque no hay prueba de que el Banco hubiera actuado con culpa o dolo. En cuanto a la violación de los artículos 5° y 375 del Código Penal, sostiene que la Superintendencia Bancaria al imponer la multa no tuvo en cuenta el principio de la culpabilidad que da origen a una pena. En este caso afirma no se intentó desvirtuar la culpa en que pudo incurrir el ente sancionado ni tampoco la Superintendencia examinó y comprobó la actuación culposa de aquél. Alega la infracción del artículo 375 del Código Penal -aplicable a los procesos que no tienen previsto un trámite o régimen especial- por cuanto: "Ni la Ley Bancaria, ni la Ley o Reglamento alguno han previsto de manera especial cómo debe proceder la Superintendencia Bancaria cuando pretenda sancionar a un banco que presente defectos de encaje" (fl. 88 parte final, alegato de conclusión. Pide que se atienda el mandato del artículo 375 del Código Penal y que se aplique el 5° ibídem referente a la culpabilidad de las personas jurídicas. Para finalizar resume su alegato diciendo (fl. 96) que los artículos 375, 18 y 5° del Código Penal son aplicables a las contravenciones en que puedan incurrir las entidades financieras y su falta de aplicación puede generar la nulidad del acto administrativo puesto que la solución de derecho al caso planteado se basa en el quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional. La acusación es por violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional y 5° 215 y 375 del Código Penal.

LA SENTENCIA APELADA

Con fundamento en los artículos 47 de la Ley 45 de 1923 y 22 del Decreto 2920 de 1982 normas cuya violación no fue acusada que exigen rendición de explicaciones o descargos antes de imponer una sanción con el fin de que la entidad respectiva tenga oportunidad de defenderse conforme al artículo 26 de la Constitución Nacional, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la resolución 0458 del 11 de febrero de 1985.

LA PARTE OPOSITORA

El Banco Ganadero, a través de apoderado en extenso memorial (fls. 177 a 212) se opone a las pretensiones del apelante reiterando los argumentos expuestos en la sentencia con base en el artículo 26 de la Constitución Nacional; artículo 47 de la Ley 45/23; 22 y 23 del Decreto 2920 de 1982 y 3° del Decreto 1939/86.

EL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo encuentra violado por la Superintendencia Bancaria el artículo 26 de la Constitución Nacional, de manera directa. La Superintendencia desconoció el principio del debido proceso que debe rodear a toda persona que comparece ante las autoridades para responder en juicio por un posible quebrantamiento de la Ley. Se muestra de acuerdo con las providencias del Consejo de Estado en cuanto a la aplicación de las normas del derecho penal a las infracciones financieras, en el sentido de que no procede analizar el grado de culpa, dolo o preterintención del responsable en materia de faltas administrativas no obstante que la fuerza mayor y el caso fortuito son eximentes de res-ponsabilidad. Conceptúa debe confirmarse el acto apelado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a./73, la Junta Monetaria tiene facultad para regular el encaje legal de los Bancos y Corporaciones de Ahorro y Vivienda, señalar el sistema de cómputo y liquidación de los mismos, imponer sanciones, quienes incumplan dichas normas, es decir, bancos, corporaciones financieras, cajas de ahorro, y, en general, las entidades que reciban depósitos del público a la vista o a término.

Con fundamento en dicha disposición, declarada ajustada a la Constitución Nacional por la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 14 de diciembre de 1973) la Junta Monetaria expidió la Resolución No. 048 de 1981 (diciembre 14) que reguló aspectos relacionados con la sanción pecuniaria por defectos diarios de encaje legal de los bancos (art. 1°) a partir del 2 de enero de 1982 y de las corporaciones financieras (art. 2° *ibídem*). Con fundamento en las normas citadas la Superintendencia Bancaria profirió la resolución 0458 de 11 de febrero de 1985 mediante la cual impuso al Banco Ganadero la obligación de pagar a la Nación la suma de $1.641.566 como sanción por defectos de encaje en el mes de noviembre de 1984, e hizo constar que contra lo resuelto en ella procedía el recurso de reposición del que no hizo uso el Banco Ganadero. Se observa: La demanda en el proceso contencioso administrativo es un acto procesal introductorio, que debe llenar determinados requisitos formales y de fondo, ya que es el instrumento para ejercer la acción respectiva, formular las pretensiones y a través de ella precisar el marco jurídico del proceso y por tanto de la sentencia. Por todo lo anterior, el artículo 137 del C.C.A., establece qué debe contener la demanda y expresamente se exige precisión en los fundamentos de derecho de las pretensiones y si se trata de la impugnación de un acto administrativo se deben indicar las normas violadas y el concepto de la violación.

Pero esto no puede hacerse sino en esa oportunidad procesal que fija el marco jurídico del proceso y no posteriormente, así como tampoco puede modificarse con motivo del alegato de conclusión (sentencia de febrero 10/89, radica-

ción No. 1198, actor Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena. Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos).

En el caso debatido, al estudiar la demanda (fls. 1 a 4) se observa que el actor no invocó en forma expresa, conforme a lo anterior, como normas violadas los artículos 47 de la Ley 45/23 y 22 del Decreto 2920/82 consideradas por el *a-quo* como normas fundamentales que determinaron la decisión del *a-quo*, conformándose con ello un fallo *extra-petita* que no es procedente "porque esta jurisdicción no puede declarar la nulidad de un acto administrativo, sino por los hechos, las normas y el concepto de violación que se indique en el respectivo libelo de demanda". (proceso 9476 sentencia de julio 31/85, Sección Segunda. Consejo de Estado).

Alega igualmente el actor el desconocimiento del derecho de defensa y falta de acatamiento al principio del debido proceso, en cuanto la Superintendencia Bancaria no oyó previamente a la entidad sancionada.

La Sección en sentencia antes citada (rad. 1198) y que ahora reitera dijo:

"Considera la Sala que el derecho de defensa y el principio del debido proceso no fueron desconocidos por los actos demandados, toda vez que dichas decisiones administrativas pudieron ser impugnadas y controvertidas... a través de los recursos administrativos que la ley consagra como instrumento de protección jurídica de los administrados".

"Y si además, se tiene en cuenta que las entidades vigiladas presentan periódicamente sus informes a la Superintendencia Bancaria y son los datos allí consignados los que se consideran para establecer su situación en materia de encaje, la decisión de imponer una sanción como la aquí demandada, se basa en las informaciones suministradas por la misma entidad sancionada, sin modificación por parte de la Superintendencia, y por ello, considera la Sala que la alegada falta de requerimiento previo no implica la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, ni de las normas que lo desarrollan".

"El hecho de que en algunos casos posteriores, la Superintendencia Bancaria hubiese solicitado explicaciones a las entidades vigiladas, antes de imponer una sanción, no implica que no hacerlo origine la nulidad el acto administrativo que la contiene, toda vez que al no existir norma expresa que ordene un procedimiento previo, la autoridad correspondiente puede imponer directamente la sanción".

No debe olvidarse además, como antes se dijo, que la sentencia debe limitarse a dar aplicación a las disposiciones legales que se citen como violadas en la demanda y limitadas al concepto de violación expuesto por el actor tomando para tales efectos las normas expresamente invocadas como violadas.

En cuanto se refiere a la aplicación de normas penales a casos administrativos, la Corporación tuvo oportunidad de referirse a ello cuando en sentencia de junio 26 de 1987, que ahora reitera, (rad. No. 1028, actor Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas, Consejero Ponente; Dr. Jaime Abella Zárate) expresó:

> "...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 caso como el que se estudia, de simple órden público económico ".
>
> "Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo 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 el dolo y la culpa...".

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la Sala estima que la providencia apelada debe revocarse y en su lugar negar las súplicas de la demanda.

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

FALLA

REVOCASE LA PROVIDENCIA APELADA y en su lugar se niegan las súplica de la demanda.

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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Inexistencia

La valorización no es un sistema de finaciación de libre escogencia del Gobierno. Una Ley como la 11/62 que dispuso atender "la totalidad del costo de la obra de la carretera Bogotá-Puerto Salgar-Medellín" no podía ser desconocida, ni desvirtuada por el Ejecutivo Nacional. Esta disposición del Congreso implicaba que era de las arcas del Tesoro Público que debía sufragarse su costo y no a cargo de los beneficiados.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución 8398/86 (sept. 24) del Ministerio de Obras Públicas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 3283. Actor: Hilvo Cárdenas Ruiz C/ Nación. Autoridades Nacionales. AUTO.

Se decide el recurso de reposición contra el auto del 1o. de febrero de 1991, interpuesto oportunamente por la señora apoderada judicial del Ministerio de Obras Públicas, representante de la Nación. Ha de entenderse que el recurso versa sobre la orden de suspensión provisional de la Resolución 8398 de septiembre 24 de 1986 contenida en el numeral 2° del auto recurrido.

El recurso, luego de discurrir sobre las normas que establecieron y han regulado la Contribución de Valorización (desde la Ley 25 de 1921) y la estructura orgánica y funciones del Ministerio de Obras Públicas (Decreto 1173 de 1980) considera que el acto impugnado está amparado por presunción de legalidad

se ciñó a tales normas en su expedición en cuanto a competencia y idades.

Que la Resolución impugnada tiene origen en esas normas de carácter ial y por tanto, su aplicación prima sobre las disposiciones de carácter :ial y que la Ley 11 de 1962, solamente señala que el costo de la misma debe ısumido por la Nación en cumplimiento de las normas constitucionales que dan que los gastos públicos deben tener origen legal, pero dicha ley no impide ıenos aún prohibe el cobro de la contribución de Valorización.

Que conforme a la legislación colombiana es viable exigir, liquidar y disbuir el gravamen de valorización por *todas* las obras de interés público que oduzcan beneficio a la propiedad inmueble en proporción al mayor valor que stas adquieren.

Por su parte el actor refuta las conclusiones de la recurrente destacando que precisamente la Ley 11 de 1962 es norma especial que prima sobre las que regulan en forma general la Contribución de Valorización y al ordenar que la autopista Bogotá-Medellín fuera costeada por la nación quedó excluido el cobro por valorización y al efecto complementa su punto de vista trayendo a los autos el Decreto Ley 127 de 1958 (Diario Oficial No. 29697 junio 25/58) que fue el antecedente de la Ley 11/62.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No es necesario, como lo hizo la señora recurrente, repasar la historia del establecimiento y desarrollo de la Contribución de Valorización. Para los efectos de este recurso basta recordar que desde su iniciación hasta la actualidad, no obstante el auge que ha adquirido el sistema, las obras que interesan a la comunidad son de cargo del Estado y la Contribución por Valorización es una forma supletiva y excepcional de cumplimiento de las obligaciones de aquél. La Valorización no es un sistema de financiación de libre escogencia del Gobierno como erróneamente parece entenderlo la parte opositora. Al Legislativo le compete no solamente fijar los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución, sino "fijar los gastos de la administración" (C.N. Art. 76 No. 4° y 13). De manera que una Ley como la 11 que dispuso atender "la totalidad del costo de la obra de la carretera Bogotá Puerto Salgar-Medellín no podía ser desconocida, ni desvirtuada por el Ejecutivo Nacional. Esta disposición del Congreso implicaba que era de las arcas del Tesoro Público que debía sufragarse su costo y no a cargo de los beneficiados.

El Decreto 127 de 1958 expedido por la Junta Militar de Gobierno (abril 23) explica muy bien la historia y la evolución de la financiación de esta importante obra; inicialmente a cargo de los Departamentos de Cundinamarca y Antioquia con participación de la Nación en un 50% y luego, mediante la Ley 11 de 1962,

la atención total por parte de la Nación y el reembolso a los Departam los dineros gastados en sus respectivos territorios.

Todo ello hace ratificar a la Sala el concepto inicial de que la especi preferencia aplicación era la citada Ley 11 de 1962 cuyas disposiciones no variar la administración pública mediante resolución ministerial.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adm trativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

1o. Confírmase el auto del 1o. de febrero de 1991, dictado en este proces

2o. Reconócese personería para actuar en el mismo en representación de parte demandada, a las abogadas María Eugenia Méndez Munar y Martha Duart de Buchheim en los términos del poder otorgado que obra a folio 53.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

porque se ciñó a tales normas en su expedición en cuanto a competencia y formalidades.

Que la Resolución impugnada tiene origen en esas normas de carácter especial y por tanto, su aplicación prima sobre las disposiciones de carácter especial y que la Ley 11 de 1962, solamente señala que el costo de la misma debe ser asumido por la Nación en cumplimiento de las normas constitucionales que señalan que los gastos públicos deben tener origen legal, pero dicha ley no impide y menos aún prohibe el cobro de la contribución de Valorización.

Que conforme a la legislación colombiana es viable exigir, liquidar y distribuir el gravamen de valorización por *todas* las obras de interés público que produzcan beneficio a la propiedad inmueble en proporción al mayor valor que éstas adquieren.

Por su parte el actor refuta las conclusiones de la recurrente destacando que precisamente la Ley 11 de 1962 es norma especial que prima sobre las que regulan en forma general la Contribución de Valorización y al ordenar que la autopista Bogotá-Medellín fuera costeada por la nación quedó excluido el cobro por valorización y al efecto complementa su punto de vista trayendo a los autos el Decreto Ley 127 de 1958 (Diario Oficial No. 29697 junio 25/58) que fue el antecedente de la Ley 11/62.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No es necesario, como lo hizo la señora recurrente, repasar la historia del establecimiento y desarrollo de la Contribución de Valorización. Para los efectos de este recurso basta recordar que desde su iniciación hasta la actualidad, no obstante el auge que ha adquirido el sistema, las obras que interesan a la comunidad son de cargo del Estado y la Contribución por Valorización es una forma supletiva y excepcional de cumplimiento de las obligaciones de aquél. La Valorización no es un sistema de financiación de libre escogencia del Gobierno como erróneamente parece entenderlo la parte opositora. Al Legislativo le compete no solamente fijar los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución, sino "fijar los gastos de la administración" (C.N. Art. 76 No. 4° y 13). De manera que una Ley como la 11 que dispuso atender "la totalidad del costo de la obra de la carretera Bogotá Puerto Salgar-Medellín no podía ser desconocida, ni desvirtuada por el Ejecutivo Nacional. Esta disposición del Congreso implicaba que era de las arcas del Tesoro Público que debía sufragarse su costo y no a cargo de los beneficiados.

El Decreto 127 de 1958 expedido por la Junta Militar de Gobierno (abril 23) explica muy bien la historia y la evolución de la financiación de esta importante obra; inicialmente a cargo de los Departamentos de Cundinamarca y Antioquia con participación de la Nación en un 50% y luego, mediante la Ley 11 de 1962,

la atención total por parte de la Nación y el reembolso a los Departamentos de los dineros gastados en sus respectivos territorios.

Todo ello hace ratificar a la Sala el concepto inicial de que la especial y de preferencia aplicación era la citada Ley 11 de 1962 cuyas disposiciones no podía variar la administración pública mediante resolución ministerial.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

1o. Confírmase el auto del 1o. de febrero de 1991, dictado en este proceso.

2o. Reconócese personería para actuar en el mismo en representación de la parte demandada, a las abogadas María Eugenia Méndez Munar y Martha Duarte de Buchheim en los términos del poder otorgado que obra a folio 53.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA/ SANCION POR INEXACTITUD

El hecho de que la Ley 55/85, artículo 50, no hubiera sido reglamentado, no implica que ante la exigencia contenida en el inciso 5° del artículo 15 de la Ley 9a./83, de comprobar debidamente el hecho, no estuviera obligado el contribuyente a demostrar los hechos que le permitieron disminuir sus ingresos para efectos de la determinación de la renta presunta. Ante la omisión, el requerimiento hecho por la Administración, fue legal. Cuando la sociedad actora detrajo en su declaración tributaria, ingresos de la base presunta sin haber presentado ni con la oportunidad de la declaración de renta ni con posterioridad el permiso correspondiente, evidentemente utilizó en la declaración tributaria factores equivocados e incompletos, que dieron lugar a una disminución del impuesto real a su cargo, dando lugar a la sanción por inexactitud (Ejercicio fiscal de 1985).

Consejo de Estado.- Sala de Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2959. Actor: Asociación de droguistas de los santanderes. Apelación de la sentencia del 1o. de marzo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de Renta y Complementarios 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 1o. de marzo de 1990, mediante la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la ASOCIACION DE DROGUISTAS DE LOS SANTANDERES S. A., contra el

acto administrativo de determinación del impuesto de renta y complementarios practicado por la Administración de Impuestos Nacionales para el año fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, mediante liquidación de revisión No. 261 de septiembre 16 de 1988, determinó a la contribuyente oficialmente el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1985 al encontrar que incurrió en omisión de ingresos al detraer de la base gravable por ingresos presuntos, sobre la cual aplicó la tarifa impositiva, ingresos, que según su criterio, no podía excluir por falta de autorización administrativa, e impuso sanción por inexactitud.

Contra el acto administrativo, de liquidación de revisión interpuso la contribuyente el recurso pertinente por la vía gubernativa que fue resuelto por Resolución No. 000002 de enero 17 de 1989, contrariamente a sus pretensiones, razón por la cual la sociedad ASOCIACION DE DROGUISTAS DE LOS SANTANDERES S.A., demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander el restablecimiento del derecho, alegando violación de : la Resolución No. 4921 del 24 de octubre de 1988, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todo el título III de la Constitución Política; Ley 52 de 1977, artículo 49; Ley 55 de 1985 artículo 50; Decreto 1651 de 1961, artículo 67 y Decreto 2503 de 1987, art 44.

En su concepto si la resolución proferida por el Ministro, negando la reducción de la renta presuntiva por ser la solicitud extemporánea, y estar en firme la privada, ante esta declaratoria de firmeza, no podía el inferior modificar la liquidación privada, y menos mediante liquidación de revisión extemporánea.

Dice que igualmente se vulneró la Carta Constitucional al exigir del contribuyente el cumplimiento de unos requisitos no establecidos en norma alguna, pretendiendo que tales requisitos se encontraban en circulares o conceptos emitidos por la Dirección de Impuestos Nacionales, cuyo contenido no es oponible a terceros.

En cuanto a la sanción por inexactitud la tacha de improcedente e ilegal porque ni el requerimiento ni el acto administrativo de liquidación tienen debida motivación, y por demás, la sanción se aplicó sobre diferencias de criterio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Santander denegó las súplicas de la demanda, al considerar que no hubo violación de la Resolución 4921 de octubre 24 de 1988 del Ministerio de Hacienda porque la manifestación de vo-

luntad de quien expide el acto administrativo, queda plasmada en su parte resolutiva, que en últimas es la que produce efectos jurídicos en cuanto crea, modifica o extingue derechos y que los considerandos de la motivación sólo rezan para resolver la solicitud elevada por la sociedad y que basta conocer someramente las normas que rigen las competencias en materia tributaria, para concluir sin ningún esfuerzo, que mal podría válidamente un ministro arrogarse facultades que no le corresponden, pues de haber declarado en firme la liquidación privada en forma expresa, tal acto sería ilegal.

Que no hubo violación del artículo 49 de la Ley 52 de 1977, porque la liquidación de revisión acusada, sí contiene la explicación sumaria exigida por la ley.

Que tampoco hubo violación de la Ley 55 de 1985, artículo 50, porque él exige a los contribuyentes un pronunciamiento expreso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el caso en que su actividad económica esté afectada por el control de precios, a fin de que se obtenga la reducción proporcional. Y que el artículo 67 del Decreto 1651 de 1961 exige a quien se considere titular de una exención acreditar los hechos que la generan, sin que el contribuyente -pese a haber sido requerido- la hubiera aportado.

Que tampoco hubo violación del artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, porque se configuró la conducta acreedora a la sanción.

LA APELACION

El apelante reitera nuevamente la violación del artículo 50 de la Ley 55 de 1985, diciendo que si se acepta que debe existir pronunciamiento expreso del Ministerio de Hacienda, no se requiere que sea individual y que el hecho de que no se hubiera reglamentado el artículo, no hace nugatorio el derecho consagrado en él para el contribuyente, que tan no hubo reglamentación de la norma, que la propia administración no pudo esgrimirla en las etapas de determinación y discusión del impuesto y que no puede efectuarse tal reglamentación por concepto o instrucción.

OPOSICION A LA APELACION

La entidad demandada por medio de apoderado se opone a la pretensión del apelante, argumentando que el recurso no puede prosperar porque analizados los artículos 15 de la Ley 9a. de 1983 y 50 de la Ley 55 de 1985, la renta líquida puede establecerse por el sistema de renta presuntiva, método que también autoriza su reducción sobre los ingresos o patrimonios líquidos que se vean afectados por hechos extraordinarios que corresponde al contribuyente demostrar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a quien la ley ha reservado de manera privativa la decisión respectiva y que el pronunciamiento del Ministro, está circunscrito por la ley al reconocimiento o negación de la solicitud de reducción

proporcional de la renta líquida presunta, porque la actividad económica se halla afectada por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios, indicado así mismo la proporción de la incidencia en la determinación de una renta líquida inferior a la que hubiera podido producirse en circunstancias normales, y cualesquiera otras motivaciones son accesorias a la resolución principal.

Con relación a los demás cargos reitera las consideraciones de la sentencia del *a-quo*.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia recurrida debe confirmarse porque:

1. No hay violación de la Resolución 4921 del 24 de octubre de 1988, porque la liquidación de revisión del 16 de septiembre de 1988, fue expedida con anterioridad a aquella; porque la Resolución 4921 no declara en firme la liquidación privada y porque el funcionario competente para modificar las liquidaciones privadas no es el Ministro de Hacienda y Crédito Público, sino los jefes de unidades de liquidación.

2. No prospera el cargo de violación del título III de la Constitucional Nacional, porque como la demanda no identificó las disposiciones que forman parte del título III, no puede haber pronunciamiento sobre este aspecto al omitirse la confrontación.

3. Que no hay violación del artículo 49 de la Ley 52 de 1977, porque dicha explicación es evidente y clara en el acto acusado.

4. Que con relación a la sanción por inexactitud comparte el razonamiento hecho por el representante judicial de la Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto fundamental del libelo no es otro, que el determinar si de conformidad con las normas sustantivas y procedimentales vigentes para el año gravable de 1985, el contribuyente pudo o no hacerse acreedor al beneficio tributario de exoneración de renta presuntiva sobre el monto de los ingresos correspondientes a actividades sujetas al control de precios, y si el hecho de haberlos excluido ameritaba la imposición de la sanción por inexactitud.

Para el año en cuestión estaba vigente en esta materia los artículos 15 de la Ley 9a. de 1983, 50 de la Ley 55 de 1985 y del 3° Decreto Reglamentario 353 de 1984.

Conforme al artículo 15 de la Ley 09 de 1983 la presunción de renta líquida, se reduce proporcionalmente sobre aquella parte de los ingresos netos y del patrimonio líquido vinculado a empresas en período improductivo o afectadas por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito siempre que se demuestre la existencia de estos hechos y la proporción en que influyeron en la determinación de una renta líquida inferior, siendo aplicable también la reducción cuando la actividad económica del contribuyente se encuentra afectada por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios, siempre que el hecho esté debidamente comprobado conforme lo exige el inciso 5° del mismo artículo.

Este artículo fue adicionado por el artículo 50 de la Ley 55 de 1985, que ordenó:

> "Cuando la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada por disposiciones legales o administrativas relativas al control de precios, la reducción proporcional de la renta presuntiva a que se refiere el artículo 15 de la Ley 09 de 1983, se efectuará por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
>
> Para tal efecto se tendrán en cuenta los estudios económicos que hayan servido de base para fijar el precio de los respectivos bienes y servicios."

Observa la Sala, que como lo afirma el demandante el artículo 50 de la Ley 55 de 1985, no fue reglamentado por el Gobierno en miras a dar aplicación a la exclusión de dichos ingresos para determinar la renta presunta, es decir no se indicó si el interesado debía formular una petición en tal sentido, ni el término en que tal solicitud debiera presentarse. Pero tal circunstancia no implica que ante la exigencia contenida en el inciso 5° del artículo 15 de la Ley 09 de 1983, de comprobar debidamente el hecho, no estuviera obligado el contribuyente a demostrar los hechos que le permitieron disminuir sus ingresos para efectos de la determinación de la renta presunta.

Ante esta omisión la actitud de la Administración de exigirle mediante requerimiento, la comprobación del hecho mediante la resolución ministerial que así lo reconociera, fue perfectamente legal. Cosa distinta es lo concerniente a la negación por parte del Ministro a la reducción del porcentaje de la renta presunta, por haber sido presentada la solicitud extemporáneamente, acto administrativo que no discute el contribuyente sino que por el contrario, admite expresamente para pretender derivar una consecuencia ajena al mismo, como es la firmeza de la declaración privada.

No presentada, entonces, prueba alguna que le permitiera descontar una parte de la base de ingresos para efectos del cálculo de la renta presunta, el proceder de la Administración de determinarla con base en la totalidad de los ingresos fue legal, pues no hizo cosa distinta que la de aplicar el artículo 15 de la Ley 09 de 1983.

SANCION POR INEXACTITUD

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 del Decreto 3803 de 1982, vigente en abril 30 de 1986, fecha en la que la sociedad contribuyente presentó su declaración tributaria, así como de conformidad con el artículo 44 del Decreto 2503 de 1987, vigente cuando se tramitó el expediente, constituye inexactitud la inclusión de exenciones inexistentes y en general la utilización en las declaraciones tributarias de datos o factores falsos, imcompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto.

La sociedad contribuyente excluyó, en su declaración de renta para efectos de la determinación de la renta presunta calculada sobre ingresos, el valor de $434.298.758 como ingresos afectados por el control de precios, sin que hubiera solicitado autorización al Ministerio de Hacienda que era el competente para resolver esta clase de solicitudes.

Considera la Sala, que efectivamente cuando la sociedad actora detrajo en su declaración tributaria, ingresos de la base presunta sin haber presentado ni con la oportunidad de la declaración de renta ni con posterioridad el permiso correspondiente, evidentemente utilizó en la declaración tributaria factores equivocados e incompletos que dieron lugar a una disminución del impuesto real a su cargo.

Esta conducta precisamente es la tipificada en las normas mencionadas como merecedora de la sanción impuesta por la Administración, agregando que resulta irrelevante para efectos de su exoneración la petición que formuló ante el Ministerio de Hacienda dos años después de presentada la declaración de renta, cuando ya mediaba el requerimiento. Por esta razón la sanción debe confirmarse.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTIVA - Determinación

El Decreto 80 de 1984 estipula con toda claridad que para efectos de dar aplicación a la Ley 9a. de 1983 artículo 15 inciso 4° esto es, para obtener el beneficio de la reducción proporcional de los ingresos netos y del patrimonio líquido para efectos de la determinación de la renta presuntiva, se deberá adjuntar certificación expedida por la Superintendencia, en la cual conste que la actividad económica de la sociedad se encuentra afectada por normas relativas a control de precios. Es por tanto claro que la contribuyente, a la luz de esta disposición, cumplió con tal requisito cuando dio respuesta a los requerimientos ordinarios, por ende, la liquidación privada, en lo que a esto se refiere, está correctamente elaborada (Ejercicio fiscal 1985).

Consejo de Estado.- Sala de Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero P'onente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 3196. Actor: Estación de Servicios Girón Ltda. Apelación sentencia de 31 de julio de 1990 del Tribunal Administrativo de Santander. Nulidad y Restablecimiento del derecho. Impuesto sobre la renta y complementarios 1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos Nacionales contra la sentencia de 31 de julio de 1990 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de la Liquidación de Revisión No. 042485000143 de 28 de septiembre de 1988 y la Resolución No. 22 de 2 de febrero de 1989 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, por las cuales se determinó el impuesto sobre la

renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1985 a cargo de la sociedad Estación de Servicios Girón Ltda. Nit. 90.210.657.

A) ANTECEDENTES

1. La Administración de Impuestos de Bucaramanga envió los requerimientos ordinarios Nos. 39 de 26 de febrero de 1988 y 64 de 9 de marzo de 1988 en los cuales se solicitaban explicaciones por no haberse incluido todos los ingresos al determinar la renta presuntiva en la declaración de renta Rad. No. 71 de 3 de abril de 1986 (fls. 80 y 89 antecedentes).

2. La contribuyente da respuesta a dichos requerimientos adjuntando varios documentos entre ellos certificación de la Superintendencia de Industria y Comercio (fls. 81 y 94 antecedentes).

3. La Administración, previo requerimiento especial No. 51 de 19 de abril de 1988 no contestado, profirió la Liquidación de Revisión No. 042485000143 de 28 de septiembre de 1988 determinando un mayor valor a cargo por $628.376.oo e imponiendo sanción por inexactitud por $1.005.402.oo (fl. 2).

4. La Administración confirmó la anterior actuación mediante Resolución No. 22 de 20 de febrero de 1989 al resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la contribuyente (fl. 4).

B) LA DEMANDA Y SU CONTESTACION

1. La sociedad contribuyente en ejercicio de la acción de nulidad y restable-cimiento del derecho solicita la anulación de la Liquidación oficial y de la Resolución 22 de 1989 aduciendo:

a) Procedencia de la exclusión desestimada por considerar que a la luz del Decreto 80 de 1984, artículo 16, norma aplicable por remisión expresa del artículo 8° del Decreto 3834 de 1985, basta adjuntar para el efecto certificado de la Superintendencia de Industria y Comercio, como efectivamente lo hizo. Además que este requisito fue indicado en la cartilla guía de la Dirección de Impuestos Nacionales para la elaboración de las declaraciones rentísticas por el período gravable de 1985.

b) Improcedencia de la sanción, pues la contribuyente no incurrió en conducta alguna que pudiera considerarse sancionable por inexactitud de acuerdo con el Decreto 2503 de 1987 artículo 44, inciso 1°, toda vez que se trata es del incumplimiento de un requisito formal por existir una diferencia de criterios con la Administración, no de haber registrado "un dato falso, inexistente o equivocado" (fl. 37).

c) Subsidiariamente, solicita se modifique la Liquidación oficial disminuyéndose el impuesto a cargo, dado que equívocamente no restó la Administración,

del precio de venta de la gasolina los impuestos vial, de venta, a la gasolina y de consumo, para el cálculo del ingreso neto, según lo conceptuado por la misma Dirección de Impuestos Nacionales (concepto 13515 de 8 de julio de 1988).

2. La Administración de Impuestos de Bucaramanga, mediante apoderado se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que:

a) La norma aplicable es el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 y no los Decretos 3834 de 1985 artículo 8 y 80 de 1984 artículo 2, por cuanto la Ley 55 es norma especial de prevalente aplicación (no explica), además que "la jerarquía de ésta dentro de las normas en discusión y su vigencia, permite desechar cualquier duda sobre su aplicación en el caso que nos ocupa" (fl. 49).

b) No se sometió a discusión en la vía gubernativa, como era perentorio para alegarlo jurisdiccionalmente, objeción alguna respecto de los impuestos y su determinación, sino que solamente "aparecen como inconformidades (en la vía gubernativa), la relacionada (sic) con la negativa ministerial de acceder a la reducción proporcional de la renta presuntiva y lo relacionado con la sanción de inexactitud impuesta" (fl. 50).

c) "Finalmente, la sanción por inexactitud, es corolario lógico, en este caso de los informes y factores incompletos por la carencia de favorabilidad en la resolución ministerial" (fl. 50).

C) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal en providencia de 31 de julio de 1990 declaró la nulidad de los actos acusados, confirmando la liquidación privada por considerar que:

1. Se agotó cabalmente la vía gubernativa toda vez que con la interposición del recurso "se adujeron razones de inconformidad por la determinación oficial de la renta mediante el sistema de la renta presuntiva y por la sanción por inexactitud" (fl. 71) sin que para entenderse satisfecho tal requisito sea necesario que los argumentos tanto ante la Administración como ante el Tribunal sean los mismos.

2. Las autoridades mismas fueron quienes indujeron en error a la contribuyente, pues, por un lado, el Decreto 3834 de 1985 posterior y de igual jerarquía a la Ley 55 de 1985 al remitir al Decreto 80 de 1984 artículo 2º en cuanto al contenido de las declaraciones de renta, suprimió el requisito contemplado en aquélla ley de exigir la resolución ministerial para el reconocimiento de los derechos en mención, y por otro lado, la misma Dirección de Impuestos indica la aplicación preferente al Decreto 80 de 1984 sobre la ley en la cartilla guía mencionada por la actora (fl. 74).

D) EL RECURSO DE APELACION

La Dirección de Impuestos Nacionales interpone, mediante apoderado, recurso de apelación contra la anterior providencia, en los siguientes términos:

1. Que si bien ni la Ley 55 de 1985 ni las normas posteriores indicaron el procedimiento a seguir para obtener el pronunciamiento del Ministerio respecto de las disminuciones ya mencionadas, la contribuyente debió hacer uso del derecho de petición consagrado en la Constitución Nacional artículo 45, sin que pueda servir de excusa para ello, la ignorancia de la viabilidad de este trámite. Por ello, estima imperativa la aplicación de la Ley 55 de 1985 sin que estime que exista motivo alguno para no observarla.

2. Que no se puede afirmar que por no aplicar los artículos 8 y 18 del Decreto 3834 de 1985 "se esté frente a una violación, porque ello implicaría de acuerdo a las razones antes expuesta (sic) estar frente a algo más grave como sería la inaplicabilidad de la Ley (artículo 50 Ley 55 de 1985)" (fl. 103).

3. Que la sanción por inexactitud es legal "pues con los datos suministrados se configuraba una rentabilidad distinta de la establecida en la ley y que traía como consecuencia un menor impuesto." (fl. 86).

E) EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Sexta de la Corporación, representada por la doctora Olga Lucía Zuluaga Vásquez, solicita confirmar la sentencia recurrida por cuanto:

1. La sociedad cumplió con las exigencias formales que le permiten gozar del beneficio fiscal referido pues, si bien el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 dispuso que el Ministerio de Hacienda debe fijar la reducción proporcional, no indicó si "dicha reducción sólo operaría como consecuencia de la petición particular de cada uno de los contribuyentes que se encontraran dentro de tal situación" (fl. 110).

2. La sanción queda por lo anterior, "sin piso para su aplicación " estimando que de todas formas "era improcedente su aplicación desde un principio, pues en este caso concreto las diferencias entre el particular y la Administración obedeció (sic) a una diferencia de criterios sobre la interpretación de las normas aplicables, pero no a la inclusión en la declaración de datos falsos, incompletos o desfigurados, que llevaran un menor valor de impuesto" (fls. 110/111).

F) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima la Sala de recibo en lo esencial, las apreciaciones de la colaboradora fiscal, por tanto la decisión reflejará dicha concordancia. En efecto:

1. La discusión, como lo afirma la Fiscalía, gira en torno a si cumplió o no la contribuyente las exigencias formales indispensables para disfrutar del beneficio tributario establecido en la Ley 9 de 1983 artículo 15, inciso 4°.

2. Al efecto, se precisa determinar si basta con aportar el certificado de la Superintendencia de Industria y Comercio según la exigencia del Decreto 80 de 1984 artículo 16 (posición de la actora) o si se necesita de un pronunciamiento en ese sentido del Ministerio Hacienda, en los términos de la Ley 55 de 1985 artículo 50 (posición de la demandada).

Al respecto, se puede apreciar que por una parte, la Ley 55 de 1985 indicando de un modo un tanto ambiguo tal atribución del Ministro, no establece los mecanismos para la procedencia del pronunciamiento mencionado, ni deja en claro, como lo afirma con acierto la colaboradora fiscal, si la disminución sólo es viable si previamente ha habido petición de la parte interesada. En tanto que, por otra parte, Decreto 80 de 1984 estipula con toda claridad que para efectos de dar aplicación a la Ley 9 de 1983, esto es, para obtener el beneficio que ella consagra, se deberá adjuntar certificación expedida por la Superintendencia, en la cual conste que la actividad económica de la sociedad se encuentra afectada por normas relativas a control de precios.

Es por tanto claro que la contribuyente, a la luz de ésta disposición, cumplió con tal requisito cuando dio respuesta a los requerimientos ordinarios (fl. 93 antecedentes), por ende, la Liquidación Privada, en lo que a esto se refiere, está correctamente elaborada, asistiéndole la razón al *a-quo*, cuando anuló los actos oficiales y declaró en firme la declaración rentística.

En cuanto a este punto, se puede observar cómo la misma Administración instruyó sobre la aplicación de esta norma, al indicar que los contribuyentes debían acompañar a la declaración de renta ese certificado si pretendían el reconocimiento del beneficio fiscal contemplado en la Ley 9 de 1983 artículo 15.

3. Como consecuencia de lo anterior, al estimarse correcta la liquidación particular, es obvia la improcedencia de la sanción por inexactitud.

En atención a lo anterior habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de 31 de julio de 1990 proferida en el proceso 6205, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander accedió a la pretensión principal de la demanda.

Reconócese personería a la doctora Flor Marina García de Cancelado para actuar como apoderada judicial de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en los términos y para los efectos del poder visible a folio 93.

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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/ CONTROL FISCAL/ SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia/ **DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS/ COMPETENCIA**

Las normas de la Contraloría General de la República acusadas, desbordan la función de control fiscal e interfieren la acción administrativa, y, son por lo mismo, violatorias de la Constitución y de la ley que establecen la competencia de la Contraloría General de la República, en cuanto al control fiscal y del Estatuto Tributario, en la parte que fija competencia a dependencias de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Es conveniente señalar que esta decisión de suspensión provisional de tales normas está en consonancia con la sentencia de la honorable Corte Suprema de justicia, dictada en sede constitucional de 11 de octubre de 1990, que declaró conforme con la Constitución el artículo 855 del Estatuto Tributario.

SUSPENDANSE PROVISIONALMENTE las siguientes normas de la Resolución 013589 del 25 de julio de mil novecientos noventa, originarias del Despacho del señor Contralor General de la República, "por la cual se reglamenta la vigilancia de la gestión fiscal desarrollada por la Dirección General de Impuestos Nacionales sobre los tributos que ésta administra y sobre las entidades y personas que en virtud de la ley o de contratos con el Estado intervienen en esta función: artículos 2º, 3º, 4º, inciso 1º y 5º, literales a) y b) del numeral 2º, 6º; 7º literales a), b), c), d) y e); 11 y 35".

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 3214. Actor: Nidia Patricia Narváez Gómez. Autoridades Nacionales. AUTO.

NIDIA PATRICIA NARVAEZ GOMEZ, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.620.544 de Bogotá, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, demanda de la Corporación que se declare la nulidad de la Resolución Orgánica Número 013589 de 25 de julio de 1990, por medio de la cual la Contraloría General de la Nación reglamentaba la vigilancia de la gestión fiscal de la Dirección General de Impuestos Nacionales sobre los tributos que administra y entidades y personas que intervienen en esta actividad.

Apoya la demanda en la violación de los artículos 55, 59, 143, 145 y 26 de la Constitución Nacional, 583 a 587 y 870 y ss. del Estatuto Tributario, y, de la Ley 20/75 orgánica de la Contraloría General de la República.

La demanda reúne los requisitos de forma del artículo 137 del C.C.A., y por lo mismo debe ser admitida; y, como en escrito separado solicita que se decrete la suspensión provisional, se procede al estudio de las disposiciones cuya suspensión provisional se solicita.

En el memorial en el cual se pide que se decrete la suspensión provisional se hacen las siguientes precisiones:

1. Que se decrete la suspensión provisional de los efectos del artículo 2° de la Resolución 013589 de julio 25 de 1990, en el entendimiento de que es violatorio del artículo 3°, inciso 2° de la Ley 20 de 1975, violación que se desprende según la demanda, del simple cotejo de las normas en conflicto, en cuanto a los términos de ésta, "El control de estas dependencias administrativas, será ejercido por los auditores fiscales o por funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando"; en cambio el artículo 2° demandado de la Resolución 013589 de julio de 1990, ordena que el control sobre la gestión fiscal, "comprende las actuaciones relacionadas con el recaudo de impuestos; las relacionadas con el manejo y custodia documental necesarios para el desarrollo de las operaciones antes mencionadas y las referentes al procesamiento electrónico que registren o manejen los datos correspondientes a los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales".

Se procede a su comparación:

El artículo 3° de la Ley 20 de 1975, "Por el cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones", tiene el siguiente tenor literal:

"La Contraloría General de la República aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional; los sistemas de control fiscal que han venido empleando dentro de sus etapas integradas de "control previo", "control preceptivo" y "control posterior".

"El control de estas dependencias administrativas será ejercido por los Auditores Fiscales o por funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando".

Y el artículo 2° de la Resolución 013589 de julio de 1990, expresa:

"La gestión fiscal sometida a control comprende las actuaciones relacionadas con el recaudo de impuestos; las que surgen del ejercicio de las facultades de revisión, aforo y discusión del impuesto; las relacionadas con el manejo y custodia documental necesarios para el desarrollo de las ope-raciones antes mencionadas y las referentes al procesamiento electrónico que registren o manejen los datos correspondientes a los impuestos admi-nistrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales".

Del examen comparativo de las dos normas, aparece claramente que el artículo demandado desborda la competencia del control fiscal atribuido por la Ley 20 de 1975 a la Contraloría General de la Nación, en cuanto tal control ya no es solo sobre "caja, inventarios, comprobantes, libros y máquinas de contabilidad", según reza en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 20/75, sino que ella se extiende además, a la etapa puramente administrativa que regula la actividad de las autoridades que recaudan y administran los impuestos nacionales, contrariando la norma superior; por lo mismo se decretará la suspensión provisional del artículo 2° de la Resolución 013589 de 25 de julio de 1990, originaria de la Contraloría General de la República.

2. Demanda la suspensión provisional de los artículos 3° y 4° de la citada resolución, en el concepto de ser violatorios del artículo 59 inciso 1° y 2° de la Constitución Nacional; 3°, inciso 2° de la Ley 20 de 1975, en cuanto mediante la norma acusada la Contraloría pretende que el control fiscal se extienda al examen de legalidad de un acto administrativo constituyéndose en grado de tutela de los mismos.

Los artículos demandados expresan:

"Las normas tributarias, el deseo administrativo, los programas de fiscalización mediante los cuales se ejercen las facultades de revisión y aforo, las resoluciones, órdenes, instrucciones y circulares administrativas, los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, las reglamentaciones expedidas por la Contraloría General de la República, los conceptos emitidos por la oficina Jurídica de la misma entidad, doctrina y demás disposiciones vigentes, *constituyen en*

el ejercicio del control fiscal, el marco jurídico con base en el cual se realiza el control fiscal de acatamiento legal de los actos administrativos" (Lo subrayado es del texto).

Y, el 4°, inciso 1°; dice:

"El control fiscal ejercido en la Administración Tributaria velará porque los actos y operaciones desarrolladas por ésta en los procesos de recaudación, determinación y discusión de los impuestos estén ajustados a la normatividad vigente".

Como norma infringida se señala el artículo 59, inciso 1° y 2° de la Constitución Nacional que expresan:

"La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la Ley".

"La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

Conforme al artículo 3° inciso 2° de la Ley 20 de 1975, transcrito al examinar la violación del artículo 2° de la mencionada resolución, el control fiscal de la Contraloría se ejerce directamente, por el señor Contralor directamente, o por los funcionarios que él designe, "sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando"; sin embargo la norma acusada la extiende a los programas de fiscalización mediante los cuales se ejercen las facultades de revisión y aforo etc, invadiendo la esfera propia en la que se desenvuelve la administración tributaria y extendiendo el control fiscal a los procesos de recaudación, determinación y discusión del impuesto, que es la esfera en la que se desenvuelve la administración tributaria; se suspenderá por lo tanto, los artículos 3° y 4° de la Resolución 013589 de julio de 1990.

Se demanda igualmente la suspensión provisional de los literales a) y b) del numeral 2° del artículo 5° que expresan:

"El control fiscal definido en el artículo anterior, se ejercerá así:"

"a) En fiscalización y liquidación se ejercerá sobre todas las actuaciones que soportan la decisión administrativa, una vez proferido el auto de archivo o ejecutoriada la providencia que determina un impuesto, una sanción o acepta la corrección provocada presentada por el contribuyente".

El literal b), dice:

"b) Si se presenta la discusión sobre las actuaciones administrativas producidas en cualquier dependencia, se ejercerá sobre todos los actos que la

conforman una vez ejecutoriada la providencia que finaliza el proceso administrativo".

El actor denuncia la violación del inciso 2° de la Constitución Nacional transcrito anteriormente; el 3° inciso 2°, de la Ley 20 de 1975, igualmente transcrito, a cuyo término el control fiscal se ejercerá directamente sobre "cajas, etc.", y el 583, inciso 1° del Estatuto Tributario, que establece la reserva de las declaraciones tributarias respecto de las bases gravables y la determinación privada del impuesto de renta. Esta norma expresa:

"La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, tendrán el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales sólo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de información e impersonales de estadísticas".

A juicio de la Sala la violación que se acusa del artículo 59, inciso 2° de la Constitución Nacional, 3°, inciso 2° de la Ley 20/75 y 583 inciso 1° del Estatuto Tributario se da nuevamente al desbordar la competencia que le asignan estas normas de superior jerarquía, a la Contraloría General de la República en ejercicio del control fiscal; por lo mismo, procede la suspensión provisional de las mismas.

Se acusa el artículo 6° de la Resolución 013589 respecto del cual se pide la suspensión provisional, en el concepto de ser violatorio del artículo 59, inciso 2° de la Constitución Nacional, 143 y 145 *ibídem*, 892 y 901, y 907 literal d) del Estatuto Tributario. La acusación se desarrolla diciendo que la norma invade la competencia de vigilancia administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Los artículos 143 y 145 de la Constitución, expresan:

"Artículo 143. C.N.: "Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas, supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir, los delitos y contravenciones que turben el orden social (C. de 1986)".

"Artículo 145: "Son funciones especiales del Procurador General de la Nación:

"1a. Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes;

"2a. Acusar ante la Corte Suprema a los funcionarios cuyo juzgamiento corresponde a esta Corporación;

"3a. Cuidar de que los demás funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la resposabilidad por las fallas que cometan;

"4a. Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia;

Y las demás que le atribuya la ley (Const. 1886)".

"Artículo 892 del Estatuto Tributario:

"Son funciones de la División de Representación Externa:

"a) Hacerse parte en los procesos que en materia tributaria se formulan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y asesorar a las Administraciones en sus actuaciones ante esta jurisdicción".

"Artículo 901 *ibídem*: "Son funciones de la División de Inspección:

"a) Vigilar la conducta de los funcionarios y adoptar las medidas necesarias para la prevención de irregularidades en materia disciplinaria:

"b) Investigar las irregularidades en la conducta de los funcionarios de la Dirección General.

"Artículo 907 del Estatuto Tributario: "Son funciones de la División Jurídica:

"d) Conforme a la autorización o delegación por parte del competente, los abogados de la División Jurídica intervendrán en los procesos de materia laboral y tributaria que se adelanten en la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

La norma acusada, artículo 6o. tiene el siguiente tenor literal:

"Es de competencia de la Contraloría General de la República velar porque la Administración Tributaria, cumpla con las actuaciones ante el Tribunal Administrativo o el Consejo de Estado de conformidad con las normas legales vigentes".

El artículo anterior atribuye a la Contraloría General de la República competencia, que es de la Procuraduría General de la Nación, cual es la de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos (143 C.N.); y, o, cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación, desempeñen cumplidamente sus deberes" (art. 145 *ibídem*), también por vía administrativa interna, a la División de Inspección, o a la División de Representación Externa o a la División Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales conforme al

Estatuto Tributario. Está en consecuencia, en contradicción con estas normas de superior jerarquía y procede la suspensión provisional de sus efectos.

El artículo 7° cuya anulación también se pide, expresa:

"Podrán ser objeto de comprobación y vigilancia en los términos del artículo 5° de esta resolución, los siguientes actos:

"a) En Fiscalización y Liquidación:"

"Los requerimientos ordinarios; los requerimientos especiales; las ampliaciones de los requerimientos especiales; los emplazamientos para declarar o corregir; los traslados de cargos; los autos de archivo o de confirmación de privadas; las liquidaciones privadas en firme objeto de un plan de fiscalización sin actuación administrativa; las oficiales de revisión, de aforo, de corrección, de corrección aritmética y provisional; la foliación de expedientes; la notificación de los actos emanados de estas áreas que sean necesarias para el perfeccionamiento de los mismos; y envío de expedientes de esta área hacia otras dependencias y demás que condujeron a estas actuaciones".

"b) En la Discusión del Impuesto:

"El trámite para la admisión de los recursos tributarios, la sustentación y el fallo de los mismos en la vía gubernativa; las omisiones que den lugar al silencio administrativo positivo y el fallo respectivo; los envíos de expedientes de esta área hacia las otras dependencias de la administración; el sistema de radicación de expedientes; recepción, foliación y custodia de las pruebas presentadas por el contribuyente o allegadas de oficio en el proceso de discusión del tributo; el fallo que en virtud de ley se emita para el reconocimiento de amnistía y toda la actuación administrativa desarrollada con ocasión de la revocatoria directa incluido su fallo".

"c) En la Recaudación del Impuesto:

"Contabilidad y Cuentas Corrientes: La recepción, radicación, validación, corrección e incorporación de la información suministrada por la red bancaria y por las dependencias de la administración al sistema contable y a las cuentas corrientes incluyendo sus ajustes, el envio de documentos y certificaciones de contabilidad o cuenta corriente a las demás áreas de la administración o a los contribuyentes".

"La remisión oportuna de la información tributaria sobre recaudo y consignación de dineros por la red bancaria y el reporte del incumplimiento de lo anterior, para efectos de la imposición de sanciones a los bancos por parte de la Subdirección de Recaudo, de acuerdo con las normas legales vigentes".

"Cobranzas: Los actos de cobro persuasivo y coactivo; el otorgamiento de plazos para el pago y aceptación de garantías; la radicación y flujo de expedientes; la actuación de los funcionarios frente a la petición de los jueces que adelantan juicios de sucesión, procesos concordatarios, concursos de acreedores, de quiebra, de intervención y de liquidación judicial o administrativa, la liquidación de sociedades y las demás que la ley señale; el levantamiento de inventarios, su clasificación y actualización permanentes; actos administrativos de prescripción.

"Devoluciones: La inadmisión o rechazo de las devoluciones y/o compensaciones, su sustanciación y fallo; las actuaciones conexas con la determinación de saldos a favor del contribuyente; la captura y validación en sistemas de información sobre devoluciones y la incorporación en la cuenta corriente de los contribuyentes; y la verificación de las actuaciones administrativas sobre las devoluciones efectuadas dentro de los términos establecidos, de acuerdo con las normas legales vigentes".

"d) En los Procesos de Documentación:

"La radicación, clasificación, conservación, manejo y custodia del acervo documental; la expedición y cancelación del Número de Identificación Tributaria (NIT); el registro de responsables del impuesto a las ventas; la expedición de copias de las declaraciones y las certificaciones, y su proceso de autenticación ".

"e) En el Procesamiento Electrónico de Datos:"

"La utilización, operación y mantenimiento de los archivos, las aplicaciones, sus programas y demás medios que manejan: la declaración de los contribuyentes, el sistema de pago en bancos, la aplicación de sobrantes, la validación de transacciones, la actualización de la cuenta corriente, el control a retenedores, los sistemas de información al contribuyente, de registro único tributario, de control de gestión, de información de cobranzas y, en general, todos aquellos que directa o indirectamente modifican los archivos de movimientos auxiliares y maestros; la documentación que soporta los sistemas, además de toda otra documentación relacionada con los aspectos mencionados".

Como norma de superior categoría a las cuales viola, se indica el inciso 2° del artículo 59 de la Constitución Nacional y 3° inciso 2° de la Ley 20 de 1975, transcritos en el curso de esta providencia; el artículo 583, inciso 1° del Estatuto Tributario, también transcrito anteriormente, y los artículos 688, 691, 721, 674 a 678, 823, 853, 916 y 583 a 586 del mismo Estatuto, en el concepto de que la violación se da porque bajo el pretexto de ejercer el control fiscal, la Contraloría se abroga competencia atribuida a otras instancias por normas de superior jerarquía.

La violación o contradicción con las normas de la Constitución señaladas y de la ley 20 de 1975, es evidente; pero además, el artículo 688 del Estatuto Tributario atribuye competencia para la actuación fiscalizadora, al Jefe de la Unidad de Fiscalización; el 691, que atribuye competencia al Jefe de la Unidad de Fiscalización para hacer requerimientos especiales, proferir liquidaciones oficiales y aplicar sanciones; el 721 *ibídem*, define la competencia funcional en la discusión del tributo, la cual atribuye al Jefe de la Unidad de Recursos Tributarios; el 674 siguiente establece las sanciones para las autoridades encargadas de la recepción de las declaraciones tributarias cuando incurran en errores; similar prevención contiene los artículos siguientes hasta el 678 incluido; el artículo 823 asigna a la Dirección General de Impuestos Nacionales, la competencia para el cobro coactivo de obligaciones fiscales; el 853 asigna competencia administrativa para ordenar devoluciones de impuestos al Jefe de la Unidad de Devoluciones o de la Unidad de Recaudo; el artículo 916 señala las funciones de la División de Documentación el 583 establece el carácter confidencial de la declaración tributaria; el 584 permite el examen de la declaración tributaria con autorización del declarante; el 586 permite el intercambio de información tributaria para el efecto del control de impuestos nacionales, departamentales o municipal; y, finalmente el 586, permite el suministro global de datos sobre la renta y el patrimonio de los contribuyentes, renta exenta, pasivos, bienes exentos, exenciones, "que fueren estrictamente necesarios para la correcta determinación matemática de los impuestos y para fines estadísticos".

Para la Sala el artículo 7° de la Resolución 013589 de la Contraloría General de la República está en abierta contradicción con las normas superiores transcritas y por ello procede la suspensión provisional de sus efectos.

El artículo 11 de la Resolución citada ordena: "Son responsables principales por la información contable, su remisión, ajuste y corrección los funcionarios administrativos por su intervención en documentación, recaudo, fiscalización, liquidación y recursos todos aquellos que con su firma y sello oficialice para contabilidad cualquiera, documento de resumen".

Como normas de superior jerarquía contrariadas se señalan, el inciso 2° del artículo 59 de la Constitución Nacional y 2° de la Ley 20 de 1975; el primero es claro cuando expresa que "La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización"; y, por la segunda se establece que "El Contralor General de la República ejercerá sobre las entidades, personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento"; el concepto de la violación es el de que se establece una responsabilidad ante la Contraloría General de la República de los funcionarios de la Dirección General de impuestos Nacionales, cuando el control fiscal se ejerce sobre las personas que reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación.

El texto de la norma, artículo 11 de la Resolución 013589 de julio 25 de 1990, excede la materia del control fiscal y de ello deviene la necesidad de ordenar la suspensión provisional de sus efectos.

Finalmente el artículo 35 cuya suspensión provisional también se pide, expresa:

> "Si como resultado del control fiscal ejercido en las distintas áreas de la Administración Tributaria, se establece que han sido violadas o incumplidas las normas, leyes, reglamentos o procedimientos, causando menoscabo al patrimonio del Estado, el auditor o visitador, en ejercicio de sus funciones, formulará el correspondiente aviso de requerimiento al responsable o responsables que intervinieron en la realización del acto".

Se indica como disposiciones superiores contrariadas, el artículo 141 de la Constitución Nacional, que al señalar las funciones del Consejo de Estado, en el numeral 3° dice:

> "Desempeñar las funciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley";

Y el 143 *ibídem*, conforme al cual corresponde a los funcionarios del Ministerio Público:

> "Defender los intereses de la Nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas, supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social".

Señala igualmente como norma infringida el artículo 145 de la Carta, conforme al cual, "son funciones especiales del Procurador General de la Nación:

la. Cuidar de que todos los funcionarios públicos el servicio de la Nación desempeñen cumplidamente sus deberes; el 82 del Código Contencioso Administrativo, el cual precisa el objeto de la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Para la Sala queda claro que las normas acusadas de la Resolución 013589 de julio 25/90 de la Contraloría General de la República, desbordan la función de control fiscal e interfieren la acción administrativa, y, son por lo mismo, violatorias del artículo 59 de la Constitución y de la Ley 20 de 1975, dictada en desarrollo del anterior que establece la competencia de la Contraloría General de la República, en cuanto al control fiscal, y, de los artículos 583 a 587 y 870, 892, 901 y 907 del Estatuto Tributario, que fijan competencia a dependencias de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Es conveniente señalar que esta decisión de suspensión provisional de tales normas está en consonancia con la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, dictada en sede constitucional de

once (11) de octubre de 1990, que declaró conforme a la Constitución el artículo 855 del Estatuto Tributario.

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

RESUELVE:

1°. Admítese la demanda;

2°. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y al señor Contralor General de la República;

3°. Fíjase en lista por el término de cinco (5) días para los efectos del numeral 5° del Artículo 207 del C.C.A.;

4°. Solicítese a la Contraloría General de la República el envío de antecedentes administrativos, si los hubiere;

5°. Suspéndanse provisionalmente las siguientes normas de la Resolución 013589 del 25 de julio de mil novecientos noventa, originarias del Despacho del señor Contralor General de la República, "Por la cual se reglamenta la vigilancia de la gestión fiscal desarrollada por la Dirección General de Impuestos Nacionales sobre los tributos que esta administra y sobre las entidades y personas que en virtud de la ley o de contratos con el Estado intervienen en esta función: "Artículos 2°, 3°, 4°, inciso 1°; y 5°, literales a) y b) del numeral 2; 6°; 7° literales a), b), c), d) y e); 11 y 35 cuyos textos constan en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Cali/ **COMERCIANTE INDEPENDIENTE/ CONCESIONARIO/ INTERMEDIACION COMERCIAL** - Inexistencia/ **BASE GRAVABLE/ CONTRATO DE CONCESION/**

El contrato de concesión en el *sub-lite,* no solamente no prueba la intermediación, sino que la niega, debiendo estar la Administración a las condiciones y cláusulas del mismo, tal como fueron aprobadas y aceptadas por los contratantes, en cuanto a que la concesionaria obraba como "comerciante independiente". La llamada concesión, comporta los caracteres de un contrato de servicios autónomos, de la clase de los de suministro de cosas, cuya peculiaridad principal es, precisamente, la de la total ausencia del elemento intermediación. De otra parte, aún en 1985, los "concesionarios de automotores" de Cali no solamente no contaban con un particular procedimiento de cálculo de la base imponible, sino que la Administración local tenía dudas en torno de la legalidad del que se proyectaba instituir.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, marzo veintidós (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2806. Apelación sentencia de 19 de octubre de 1989 del Tribunal del Valle, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de industria y comercio por la vigencia fiscal de 1984. Actor: CALIMA MOTOR LTDA. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad CALIMA MOTOR LIMITADA, la demandante, contra la sentencia de 19 de octubre de 1989, denegatoria de las súplicas de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el juicio de restablecimiento

promovido respecto de actos de determinación y discusión del impuesto de industria y comercio del período impositivo de 1983, con vigencia a partir del 1o. de enero de 1984, a saber, las Resoluciones 1444 de 5 de diciembre de 1984 y 726 y 427 de 3 de mayo y 6 de noviembre de 1989, expedidas, las dos primeras, por la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, y la última, en surtimiento del recurso subsidiario de apelación, por el Alcalde de Cali.

ANTECEDENTES

Por la primera de las mencionadas providencias, basada en acta de revisión contable y requerimiento, se incrementaron las ventas y operaciones brutas y declaradas, que lo habían sido en cifra de $110.074.574, por efecto de la adición de ingresos y el rechazo de "pagos", "costos" y "descuentos", habiéndose fijado el importe de dichas ventas y operaciones en $582.245.461, en la actividad "203 90" y tarifa del 7.7 por mil. Se aplicó, asímismo, una sanción por inexactitud.

La resolución que desató el recurso de reposición, después confirmada por la que decidió la apelación subsidiaria, accedió únicamente a levantar la sanción impuesta.

El manejo advertido de conceptos y cifras, tanto en la declaración del ejercicio como en los actos acusados, fue el siguiente:

DECLARACION TRIBUTARIA		ACTOS ADMINISTRATIVOS		
CONCEPTO				
Ventas vehículos nuevos	$441.871.786			
(-)Pagos a "Colmotores"	369.705.163	$ 31.527.279	$442.756.969*	
Ventas vehículos usados	38.859.673			
(-) Costos	40.466.805			
	($ 1.607.132)	38.859.673	38.859.673	$481.616.642
Ventas repuestos	65.328.185			
(-) Costos	49.768.844	15.559.341		68.670.467**
Otros ingresos:				
Gastos legales	9.651.189			
Intereses financiación	14.477.051	24.128.280		
Intereses moratorios	2.708.496			
Arrendamientos	240.000			
Varios	4.881.576			
Utilidades recibidas	182.367			
	($ 32.140.720)			31.958.352***
Total Ingresos Gravables		$110.074.574		$582.245.461
(Ingresos brutos totales)		$118.087.013		

*El mayor valor se explica por el rechazo de los "pagos" y la adición de "descuentos en ventas de vehículos nuevos" ($885.183).

**El mayor valor se explica por el rechazo de los "costos" y la adición de "descuentos en ventas de repuestos" ($3.342.281.68).

*** Suma los "otros ingresos", excepto la partida de "utilidades percibidas" ($182.367).

Algunas fracciones de un peso ($1) están aproximadas.

LA DEMANDA

Se citaron como violados, por las razones seguidamente resumidas, los artículos 36 de la Ley 14 de 1988, en conexión con el 33, parágrafo 2°, ib., y 15 del Decreto 2053 de 1974.

Tratándose de actividades industriales, comerciales y de servicios, que constituyen la materia imponible del tributo, el hecho de que la base gravable se determine sobre "ventas brutas" o "ingresos brutos", no impide que, en el caso de los intermediarios en la venta de vehículos, éstos reduzcan dicha base para conservar la "neutralidad" del impuesto, pues, de otro modo, se verían forzados a asumir la carga fiscal sobre el total de la transacción, como si fueran comerciantes independientes, cuando sus utilidades brutas no alcanzan al 10% por cada automotor vendido, sujetos como están a la regulación oficial de precios que se impone a las ensambladoras.

Así, los artículos 15, parágrafo 2°, del Acuerdo 21 de 1983, y 21, parágrafo 3°, del Acuerdo 35 de 1985, expedidos para Bogotá y Cali, respectivamente, fijan la base gravable de los concesionarios de automotores, en los márgenes de ventas de éstos, o la "diferencia entre los ingresos brutos y el valor pagado al industrial por el automotor, sin perjuicio de los demás ingresos percibidos".

Por otra parte, de los artículos 33 y 36 de la Ley 14 de 1983, se desprende que, a) la intermediación comercial no se debe tratar como actividad comercial, sino de servicios; b) entre otras formas de intermediación, no taxativas, se destacan el corretaje, la comisión y el mandato, contrato este último al que corresponde la "concesión privada de automotores", como se demostrará; c) equiparados el corretaje, la compraventa y la administración de inmuebles a otras formas de información comercial, el tratamiento de la base gravable, del artículo 33, parágrafo 2°, *ib.*, resulta aplicable a cualquier modalidad de intermediación comercial, incluídos, obviamente, el mandato, la comisión y la concesión privada.

Además, ya que la Ley 14 no define el "ingreso bruto", se debe remitir esta noción a la que traen el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 y el Decreto 187 de 1985, como ingresos "susceptibles de producir un incremento en el (sic)

patrimonio en el momento de su percepción", o de ser capitalizados, excluyéndose los reembolsos de capital.

Así las cosas, puesto que el patrimonio de los concesionarios está representado en parte por sus inventarios, "aunque pignorados al concedente", únicamente una fracción del valor facturado a cada comprador, un 10% aproximadamente, constituiría ingreso que incrementara su haber patrimonial, por ser la porción percibida para sí; la restante se debe entregar al concedente, "para cancelar la prenda que soporta".

Los concesionarios realizan una actividad de intermediación por mandato, que se asimila a la agencia comercial, "por la identidad total de elementos esenciales" que se describen en los artículos 1317 y 1321 del Código de Comercio, no siendo óbice, como lo han pretendido algunos, el hecho de que el concesionario deba "comprar primero los productos", pues se está en presencia de un "mandato sin representación, en el cual, el mandatario obra por cuenta de mandante, pero no a su nombre..." en el sentido de que el primero desarrolla y promueve los negocios del segundo, pero no obra a nombre de éste, porque contrata y factura de modo independiente, según lo autoriza, además, el artículo 2177 del Código Civil.

Sobre el mandato sin representación y la naturaleza del contrato de concesión, se citan autores como Enrique Gaviria Gutiérrez, S. Julio Rotman (argentino), Jean Catoni (francés), citado por éste y Gustavo de Greiff Restrepo.

Siendo pues, el concesionario, un intermediario comercial, sólo se obliga a declarar los ingresos obtenidos para sí, que constituyan enriquecimiento propio, esto es, la diferencia entre "el precio de venta al concesionario y el precio de venta al público, llámase esta suma utilidad, comisión, margen de utilidad, o como se quiera denominar, resultante del ejercicio de un mandato o agencia comercial contratada por el fabricante ...".

Contra el argumento de la Administración, de que" la actividad que desarrolla la firma recurrente es de compraventa de vehículos nuevos y usados y no de simple intermediación", se opone el hecho cierto de que el mandatario, como intermediario, también factura directamente.

El artículo 2°, inciso 2°, del Decreto Reglamentario 234 de 1979, vigente en el Municipio de Cali, concuerda con lo expuesto, cuando dispone incluir, en el valor de las ventas o ingresos brutos, el valor total de las ventas, los servicios y los ingresos recibidos a cualquier título, "tales como honorarios, comisiones, etc. en cada caso de conformidad con el objeto social del establecimiento y de los medios que utilice para obtenerlos...".

Según esto, la base gravable debe estar constituida por ingresos que, a más de enriquecer el patrimonio, tengan relación de causalidad con la índole de la actividad gravable. En el caso concreto de los concesionarios, no serían otros que

los propios de la actividad de concesión, es decir, "la diferencia entre los precios de venta establecidos por la fábrica para el concesionario y el establecido por el gobierno para el usuario...".

Así lo reconoció la Administración de Cali, cuando presentó el proyecto del ya mencionado Acuerdo 35 de 1985, que aunque no empezó a regir sino desde el 1o. de enero de 1986, suple el vacío que se hubiera presentado respecto de las normas que regían por 1983.

LA SENTENCIA

De la lectura del contrato de concesión suscrito entre COLMOTORES S.A., y la demandante, particularmente de sus cláusulas la., 9a. y 15a., cuyos textos se transcriben, el *a-quo* infiere que ésta "obra como comerciante independiente, que no es representante, agente, mandatario o intermediario de COLMOTORES, S.A.; que el contrato de concesión celebrado entre las partes, constituye un contrato de compraventa de vehículos, accesorios y repuestos, el cual no se modifica con las demás condiciones pactadas en dicho contrato; que entre éstas no se pactó el pago de comisiones que caracteriza al agente, representante, intermediario o mandatario del productor, sino que se determinó que el concesionario compra los vehículos, accesorios y repuestos al ensamblador, los cuales forman parte de su patrimonio, luego los vende, sujetándose a los precios de venta regulados por el Gobierno Nacional, y, finalmente, el producto total de esta venta se convierte en ingreso bruto para el concesionario...".

De otro lado, que tampoco es procedente tener como ingresos gravables, la diferencia entre el costo de vehículos y repuestos y su precio al público, por no haber acreditado la actora su condición de agente comercial y ser cosa establecida que todo comerciante compra para revender, es decir, que adquiere la propiedad de la mercancía y obra en propio nombre, no en el del fabricante.

Y, por último, que la actuación administrativa se encontró ceñida a las prescripciones de los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983, no siendo, de otra parte, aplicables las disposiciones del Acuerdo 35 de 1985, citado por la accionante, por haber empezado a regir en vigencia posterior a la de la expedición del acto liquidatorio.

LA APELACION

El recurso propuesto, remite a lo fundamental de la demanda y del alegato de conclusión presentado en la primera instancia del juicio, resaltándose la falta de un pronunciamiento sobre "gran parte de la argumentación esgrimida" en los respectivos escritos y los medios de prueba aducidos, que decían relación con la denotada condición de intermediaria comercial de la demandante, en los términos de un contrato de concesión atípico en nuestro medio, pero asimilable a otras

figuras del ordenamiento jurídico imperante, como la agencia comercial, por vía del artículo 36.de la Ley 14 de 1983, en concordancia con el 33, parágrafo 2°, ib., y lo que dispone el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

Dicho contrato de concesión carecería, en cambio, de los elementos propios de la compraventa o el suministro, pues, en la producción de automotores, el fabricante, por mandato legal, está impedido para hacer ventas directas al público, de suerte que las cláusulas donde el concesionario figura "comprando para la reventa", no desvirtuarían su calidad de agente o mandatario sin representación.

Al decir de la apelante, bastaría "observar la relación contractual impuesta en las cláusulas 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 10 en cuanto a la violación de la libertad de asociación, disposición de recursos propios y de ubicación: 16, 19, 20 y 21 del contrato de concesión", para concluir que no se trata de una compraventa simple, según lo afirma el *a-quo*; como no tendría razón éste, para ratificar su tesis, cuando advierte que las partes de la concesión no pactaron comisiones y que, por ello, la demandante sería solo un comerciante independiente, supuesto que, en materia de la agencia mercantil, de acuerdo con lo dicho por uno de los tratadistas mencionados en la demanda, "la forma que asuma (la) remuneración, no es de la esencia del contrato (...) (y) ninguna norma del Estatuto legal se opone a que la remuneración esté representada en una diferencia entre el precio de venta y el de reventa; la garantía de la remuneración tampoco es de la esencia del contrato, como que podría ser renunciada..." (paréntesis fuera de texto.)

ALEGATOS

Las alegaciones de la recurrente reproducen, en lo esencial, los argumentos de la demanda y el recurso.

La parte contraria se abstuvo de cualquier pronunciamiento.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

A partir del supuesto de que la naturaleza jurídica del contrato suscrito por la demandante y COLMOTORES S.A., es cuestión fundamental de la controversia, y analizadas algunas de sus cláusulas en especial, las que motivaron el fallo impugnado, el señor Fiscal Tercero de esta corporación concluye que, el mismo, "no estructura la llamada agencia comercial, tal como allí mismo se pone de manifiesto, sino que se trata de un 'simple vendedor o distribuidor de productos propios...'...".

Ellos, además, por "una muy constante peculiaridad que campea en todo el contrato: la independencia y autonomía de las dos sociedades contratantes en forma que no puede hablarse de participación, remuneración, servicio de intermediación, cuota porcentaje, etc...", ni inferirse la configuración de ninguna de

las modalidades de la agencia comercial de que trata el artículo 1317 del Código de Comercio, pues las cuestionadas cláusulas contractuales lo impedirían.

Transcribe después apartes de la sentencia de la Corte, de 2 de diciembre de 1980, con particular énfasis en el párrafo que dice, "quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al promover su venta en una determinada zona, no ejecuta actividad de agente comercial sino de simple vendedor o distribuidor de bienes propios...", proposición que encuentra coincidente con las estipulaciones del parágrafo de la cláusula 15a. del contrato examinado, de donde se concluye que la intención de los contratantes fue la de no estar a la regulación de la agencia comercial y, por ende, no cabría la aplicación de los artículos 1618, 820, 871 y 872 del Código de Comercio, ni la de los artículos 33 y 36 de la Ley 14 de 1983, invocadas por la actora, para no distorsionar dicha manifestación expresa de voluntad.

Pide, en conclusión, confirmar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demandante insiste en haber obrado, no a manera del comerciante independiente como lo consideraron los actos administrativos acusados y la sentencia, sino en virtud de intermediación sujeta a reglas del mandato sin representación, en la especie de la agencia comercial, o sea, por cuenta de un mandante, pero no en nombre de éste.

En principio, el mandato, según el artículo 2142 del Código Civil, es eminentemente representativo, ya que el obrar "por cuenta y riesgo" de otro es elemento de la definición, mas no forzosamente, según se desprende de los artículos 2177 ib. y 1262 del Código de Comercio, por ser posible que el mandatario ejerza el encargo como en propio nombre.

En este caso, sin embargo, según el efecto relativo del contrato, los términos del mandato inoperante, contrario a los del representativo, no obligan al mandatario frente a terceros, ni recíprocamente, ni de hecho afecta a éstos, en absoluto, la ausencia de representación.

A la Administración, que evidentemente es un tercero, pues no ha admitido cargas ni consentido cláusulas del mandato, no le es oponible éste en forma alguna, ni, por tanto, le es imperativo el reconocimiento, de quien figura y se reputa exteriormente con cierta calidad, en una condición diversa, tornándose igualmente aplicable el principio *"res inter alios acta non nocet"*, o de la restringida eficacia de las órdenes o instrucciones privadas que median del mandante al mandatario, aptas, sí, para comprometer a éste, pero sin trascendencia o alcances adversos para otros, además, porque la simulación siempre tiene lugar en el mandato mismo, no en las transacciones realizadas por el mandatario en propio nombre, ni respecto de otras declaraciones de voluntad suyas.

El que la demandante actuara, en las ventas de automotores y repuestos y otras actividades, como mandataria o agente comercial de COLMOTORES S.A., conforme al artículo 36 de la Ley 14 de 1983, anexas las prerrogativas del artículo 33, parágrafo 2° *Ib.*, en cuanto a la fijación de la base imponible, lo desvirtúa la cláusula 15a. del contrato de concesión ("El concesionario no es agente. El concesionario reconoce expresamente que en las operaciones efectuadas en cumplimiento y desarrollo del presente contrato, está actuando con carácter de comerciante independiente y que no tiene el carácter de Agente o Mandatario, ni de Agente Comercial..") (Folio 55, cuaderno principal).

Por su apariencia externa, el contrato en cuestión, no solamente no prueba la intermediación, sino que la niega, debiendo estar la Administración a las condiciones y cláusulas del mismo, tal como fueron aprobadas y aceptadas por los contratantes, en cuanto a que la concesionaria obraba como "comerciante independiente" y que al adquirir en propiedad, promover la venta y distribuir los "productos" materia de la convención, no ejecutaba otra actividad que la de "simple vendedor o distribuidor de productos propios".

Sobre el tema, la Sala ha dicho que la llamada concesión, comporta los caracteres de un contrato de servicios autónomos, de la clase de los de suministro de cosas, reglado por los artículos 968 a 980 del Código de Comercio, cuya principal peculiaridad es, precisamente, la de la total ausencia del elemento intermediación. (Sentencia de la Sala, de 23 de noviembre de 1990, Expediente 2642).

Ahora bien, por el período impositivo de 1983, el discutido, el problema de la determinación de la base imponible de los "concesionarios de automotores" del municipio de Cali, no gozaba de ningún tipo de regulación especial que los diferenciara del común de los contribuyentes dedicados a actividades mercantiles o de servicios.

En efecto, el Acuerdo 35 de 1985, cuyo artículo 21, parágrafo 3°, refería concretamente el caso, sólo empezó a regir el 1o. de enero de 1986, como bien se anotó en el fallo apelado.

Y en cuanto a los Decretos 1912 de 1978 y su reglamentario, el 234 de 1979, únicamente el artículo 26, parágrafo, del primero, luego aclarado por 8° del segundo, contemplaba una especie de base imponible diferenciada, pero restringida a las "agencias de publicidad, administradoras y vendedoras de bienes inmuebles y administraciones delegadas", consistente en que el 10 por mil previsto para "las demás actividades de servicio", se liquidara "sobre el promedio mensual de ventas o ingresos brutos, descontando el valor de las operaciones en las cuales hubiere servido de intermediario" (sic).

La aclaración que hizo el artículo 8° del Decreto 234 de 1979, refería el valor descontable, en el sentido de que, por tal, se debía entender, "el valor intrínseco de la operación de intermediación, y no el valor de las comisiones u

honorarios recibidos a cambio, pues éstos hacen parte integral de las ventas o ingresos brutos de los contribuyentes de los cuales habla el parágrafo...".

El artículo 2° *ib.*, citado por la demandante, se limita a ordenar la inclusión, como componente de la base imponible, del "valor de los ingresos recibidos a cualquier título, tales como: honorarios, comisiones, intereses, etc. en cada caso de conformidad con el objeto social del establecimiento y de los medios que utilice para obtenerlo", al lado del importe "total" de las ventas realizadas y los servicios prestados, precisiones que nada dicen acerca de un sistema liquidatorio de excepción para los comerciantes independientes o los intermediarios, como no fueran, estos últimos, los taxativamente señalados por el artículo 26, parágrafo, del citado Decreto 1912 de 1978.

Es más: La carta de "recomendaciones" cursada por la oficina jurídica de la Alcaldía de Cali, al señor Alcalde de la ciudad, con fecha 16 de abril de 1985, dijo, refiriéndose al artículo 20, parágrafo 3°, del entonces proyecto de Acuerdo 35 de 1985:

"De consagrarse lo contenido en el citado parágrafo, se estaría estableciendo, para los comercializadores de automotores, un privilegio no consagrado en la ley; pues mientras a los demás comerciantes no se los excluye de la base gravable el costo que para ellos tiene el producto que se vende, para los vendedores de automotores sí se establecería dicha exclusión. En concepto de esta oficina, el citado parágrafo es violatorio de la Ley 14 de 1983 en su artículo 33...".

Lo anterior es, adicionalmente, demostrativo, de que, aún en 1985, los "concesionarios de automotores" de Cali, no solamente no contaban con un particular procedimiento de cálculo de la base imponible, sino que la Administración local tenía dudas en torno de la legalidad del que se proyectaba instituir.

Por lo que hace a disposiciones de carácter general, si bien de los artículos 33 y 36 de la Ley 14 de 1983 surge un tratamiento preferencial en el punto, referente a un determinado espacio de "formas de intermediación comercial", el indicado por el parágrafo 2° del artículo 33, para "agencias de publicidad, administradoras y corredoras de bienes inmuebles y corredores de seguros", lo cierto es que la demandante, según lo expuesto en apartes precedentes, no demostró ser intermediaria comercial en ninguna de dichas "formas", u otra diferente, ni, por otra parte, que estuviera amparada en un régimen de excepción, como comerciante independiente o, específicamente, como concesionaria de vehículos automotores, cualquiera que fuesen los términos de la concesión pactada. Por supuesto, tampoco es relevante la teoría de "enriquecimiento", o del incremento neto del patrimonio por causa de ingresos constitutivos de renta, pues el gravamen se liquida, para la generalidad de los contribuyentes, sobre el promedio mensual de ingresos brutos.

Estímanse, en conclusión, bien denegados los cargos de violación de los artículos 33 y 36 de la Ley 14 de 1983, procediendo, por tanto, la confirmación del fallo impugnado, en consonancia con el concepto fiscal.

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.

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

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SECCION QUINTA

RECURSO DE APELACION - Sustentación/ ***REFORMATIO IN PEJUS*** - Inaplicabilidad

Al no ser obligatoria la sustentación del recurso de apelación en el proceso contencioso-electoral, al juez de segunda instancia le resulta imposible conocer las razones de hecho y de derecho que motivaron al recurrente, lo que supone un desacuerdo genérico de éste con la decisión impugnada. Esta situación trae como consecuencia la inaplicabilidad del principio de la *reformatio in pejus* porque, aún así el recurso sea sustentado, la naturaleza y las características de la acción electoral obligan al funcionario a revisar sin limitación alguna tal decisión a fin de verificar su total conformidad con los hechos y con el derecho. No de otra manera podría entenderse la razón por la cual el legislador excluyó la sustentación obligatoria del recurso de apelación en el proceso electoral, cuando sí está expresamente consagrada para los procesos civiles, penales y laborales y para el contencioso administrativo ordinario.

ALCALDE - Inhabilidades/ **EMPLEADO PUBLICO** - Docente

El alcalde elegido había renunciado para no quedar inhabilitado para participar en elecciones. No solamente renunció al cargo que venía desempeñando sino que no aceptó el nuevo nombramiento que para el mismo le hizo el Ministerio de Educación, como docente. No está, en consecuencia, demostrado el hecho constitutivo de la inhabilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá. D.E., diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0469. Actor: Jaime Rafael Azar Martínez.

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a decidir el recurso de apelación invocado por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira el 28 de septiembre de 1990 en este proceso, negando las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I. Mediante apoderado debidamente acreditado y en uso de la acción pública electoral, el señor Jaime Rafael Azar Martínez demandó la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual la Comisión Escrutadora del Municipio de Fonseca, Guajira, declaró elegido Alcalde de dicha población al ciudadano Hernando José Molina Toncel el 13 de marzo de 1990.

II. Sostuvo el demandante que a tenor de los artículos 5, literal e) de la Ley 78 de 1986 y 1°, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, el elegido Alcalde, señor Hernando José Molina Toncel, se hallaba inhabilitado por haberse desempeñado como empleado oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección, toda vez que era profesor en el Instituto Agrícola del Municipio de Fonseca, Institución esta de carácter nacional.

III. El demandado, Hernando José Molina Toncel, mediante apoderado contestó oportunamente la demanda oponiéndose a las pretensiones. Al respecto advirtió que estuvo vinculado al Instituto Agrícola de Fonseca entre el 1o. de febrero de 1989 y el 30 de septiembre del mismo año, cuando "...se retiró para no inhabilitarse en su aspiración al cargo de ALCALDE POPULAR DE FONSECA". Que mediante Resolución No. 10123 del 8 de agosto de 1989 fue nombrado nuevamente para ejercer el cargo de docente en dicho plantel, pero que el 23 de octubre del mismo año no aceptó la designación. Que en el mes de febrero de 1990 recibió pagos correspondientes a la parte proporcional de la prima de navidad y la prima correspondiente a los meses laborados, pero que en ningún momento tales sumas fueron percibidas por concepto de sueldo o sueldos, ya que a partir del 30 de septiembre se desvinculó del Instituto. Consecuentemente, no debe anularse el acto de su elección como alcalde popular.

IV. Mediante sentencia fechada el 28 de septiembre de 1990 el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira negó las súplicas de la demanda. Luego de analizar el acervo probatorio y el contenido de las disposiciones que el demandante consideró infringidas, analiza el aspecto conceptual del término "empleado oficial" para concluir que en el caso concreto a decidir, a tenor del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979 los educadores que presten servicios "...en entidades oficiales de orden Nacional, Departamental, Distrial, Intendencial, Comisarial y Municipal son empleados oficiales de régimen especial que una vez posesionados quedan vinculados a la administración...". Pero que el caso del Doctor Molina Toncel, éste no aceptó el nombramiento que le fue hecho por el Ministerio de

Educación Nacional mediante Resolución No. 10123 de 8 de agosto de 1989 "...por lo que resta del año lectivo 1989, calendario A, sistema horas cátedra en el Instituto Agrícola de Fonseca, Guajira", cargo del cual como es apenas obvio nunca se posesionó. En cambio, está "...plenamente demostrado por los medios legales", que el mismo ciudadano prestó sus servicios como profesor externo entre el mes de febrero y el 30 de septiembre de 1989. Analiza el *a-quo* la prueba correspondiente a las sumas percibidas por aquél, para concluir que no demuestra la vinculación del Doctor Molina Toncel al plantel con posterioridad al 30 de septiembre de 1989. Finaliza el Tribunal afirmando:

> "Lo que ha quedado expuesto conduce necesariamente a la conclusión de que de acuerdo con la prueba documental y testimonial que obra en el expediente el Sr. HERNANDO MOLINA TONCEL no ostentaba ni la calidad de empleado oficial ni la de contratista dentro de los 3 meses anteriores a su elección como Alcalde Municipal de Fonseca ni ejercía jurisdicción o autoridad Civil Política o Militar dentro de los 6 meses anteriores a su elección y en consecuencia no se encontraba incurso en las causales de inhabilidad alegadas".

V. Mediante escrito visible al folio 25 del expediente el representante legal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia que ha quedado descrita. Al interponer el recurso manifestó el señor apoderado:

> "Como quiera que en el proceso contencioso-electoral no es indispensable sustentar el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de primera instancia, ya que el C.C.A., en su Art. 250 y 251 no establece la obligatoriedad de la sustentación del recurso de apelación, ante tal circunstancia me permitiré presentar mi alegación al respecto en oportunidad legal ante la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado".

El término de traslado venció sin que se presentara alegato alguno.

VI. Por su parte la Fiscal Séptima del H. Consejo de Estado, en su concepto de fondo solicita "...que el recurso de apelación debe declararse desierto y ejecutoriada la providencia objeto del mismo, porque el recurso no fue sustentado, y el artículo 251 del C.C.A., no es una norma de excepción como lo pretende el apoderado del recurrente". Indica que si durante la vigencia de la Ley 167 de 1941 "...'el procedimiento contencioso administrativo estaba regido por el principio general conforme al cual el recurso de apelación no tenía que ser sùstentado", bajo el imperio del Decreto 01 de 1984 la situación es distinta y el recurso de apelación sí debe ser sustentado. Se trata "...de un principio general vigente...", de manera que "... cualquier excepción que se quiera establecer sobre el particular tendría, necesariamente, que aparecer establecida como tal en forma expresa".

Para resolver,

SE CONSIDERA

Ante todo la Sala se referirá a la opinión del Ministerio Público, según la cual "...el recurso de apelación deber declararse desierto y ejecutoriada la providencia objeto del mismo..." porque no fue sustentado en la forma dispuesta en el artículo 212 del C.C.A., (art. 51 D.E. 2304/89), que reglamenta el trámite que debe darse en el Consejo de Estado al recurso de apelación de sentencias proferidas en primera instancia en proceso distintos del especial originado en la acción pública electoral.

El 2 de diciembre de 1988, en el expediente No. 233, esta Sala dijo respecto de la sustentación del recurso de apelación de sentencias pronunciadas en procesos electorales, lo siguiente:

> "1. Conviene señalar que a pesar de la falta total de sustentación del recurso por parte de quien lo interpuso, la Sección lo ha tramitado en consideración a que el apelante se encuentra legitimado para ello por haberle sido desfavorable la providencia de primer garado, porque obran dentro del expediente elementos de juicio que le permiten conocer las razones de su inconformidad y además, porque estima la Sala que en el proceso contencioso electoral no es indispensable sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por cuanto, de un lado, el estatuto contencioso-administrativo, que regula el trámite de la segunda instancia en su artículo 251 no establece la obligatoriedad de la sustentación del recurso de apelación y la consecuencia y sanción que cabe aplicar por el juez en el caso de que así no se haga, consistente por lo general, en la declaratoria de deserción del recurso y la ejecutoria de la sentencia objeto de la apelación y, por cuanto, de otro lado, no es aplicable al proceso contencioso-electoral lo dispuesto en el artículo 212 del Decreto 01 de 1984, para la apelación de las sentencias proferidas dentro de un juicio o proceso ordinario, ya que aquel como proceso especial se regula por las disposiciones que lo reglan, que es precisamente lo que lo caracteriza como juicio especial, y además, es principio general de derecho que no es dable establecer, por aplicación analógica de la ley, obligaciones y sanciones procesales consagradas para otro tipo de actuaciones o procesos. En síntesis, para la Sala en el juicio o proceso electoral ni es obligatoria la sustentación del recurso de apelación ejercitado contra la sentencia de primera instancia, ni hay sanción legal alguna por no hacerlo".

Ciertamente, el contencioso electoral es un proceso de naturaleza especial y así lo estimó el Legislador cuando para su tramitación consagró en el capítulo IV, título XXVI del C.C.A. un procedimiento especial distinto de aquel al cual están sometidos los procesos contenciosos originados en la acción de simple nulidad, denominado "PROCEDIMIENTO ORDINARIO" en el título XXIV del dicho estatuto. En buena parte esa naturaleza especial del proceso electoral tiene fundamento en la naturaleza misma de la acción que lo origina, que es pública

porque la tutela jurídica de la acción y su desarrollo procesal interesa a toda la comunidad. Se trata de una acción de la cual "cualquier persona" puede hacer uso en demanda directa por la vía jurisdiccional (art. 227 C.C.A.), pero que una vez desencadenada no es posible detenerla mediante el desistimiento, porque, como ya se anotó, el ámbito de tal acción trasciende de lo privado a lo público. Además, ese procedimiento especial se caracteriza por su brevedad frente al ordinario, porque de su expedición depende precisamente la eficacia de la tutela del ejercicio del sufragio popular, base de un sistema democrático bien fundamentado.

Por manera que sobre la base de las características que distinguen tanto a la acción pública electoral como al procedimiento especial para tramitar los procesos originados en el uso de aquella, en la forma que acaba de anotarse, es claro que dicho proceso constituye en toda su extensión una excepción frente al proceso contencioso administrativo ordinario. De ahí que el trámite de la apelación conforme a los artículos 250 y 251 del C.C.A. constituya una excepción, contrariamente a lo que afirma la distinguida Colaboradora Fiscal. Como el Código Contencioso Administrativo es un todo armónico, forzoso es entender que si el Legislador hubiera querido darle al trámite del recurso de apelación de sentencias en el proceso electoral tratamiento similar al previsto en el artículo 212 del mismo Código, lo hubiera dicho expresamente. Sin embargo no lo hizo porque entendió que la celeridad propia del juicio electoral resultaba incomplatible con un tratamiento procesal similar al consagrado en dicho artículo, y como garantía de la buena administración de la justicia, que se supone como resultado de la revisión total que hace el superior de la actuación del inferior. No puede pasarse por alto que la regulación del proceso electoral viene ubicada en el Código con posterioridad a la que rige el proceso ordinario. No existe, por consiguiente, vacío alguno que dé lugar a remitir el trámite del recurso de apelación en el proceso electoral al señalado en el artículo 212 del Código.

Tal parece que el Legislador estimó conveniente y necesario que en el juicio electoral ocurra algo similar a lo que sucede en el proceso penal, en el que la competencia del superior al conocer del recurso de apelación se ejerce "...sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada..." (art. 538 C.de P.P.), posiblemente porque al igual que la acción penal la acción pública electoral interesa a toda la Sociedad más allá de todo interés puramente privado. Consideró el Legislador tal situación como una mejor garantía de la más correcta administración de justicia.

Naturalmente, al no ser obligatoria la sustentación del recurso de apelación en el proceso contencioso-electoral, al juez de la segunda instancia le resulta imposible conocer las razones de hecho y de derecho que motivaron al recurrente, lo que supone un desacuerdo genérico de éste con la decisión impugnada. Esta situación trae como consecuencia la inaplicabilidad del principio de la reformatio in pejus porque, aún así el recurso sea sustentado, la naturaleza y las características de la acción electoral obligan al funcionario a revisar sin limitación alguna

tal decisión a fin de verificar de su total conformidad con los hechos y con el derecho. No de otra manera podría entenderse la razón por la cual el Legislador excluyó la sustentación obligatoria del recurso de apelación en el proceso electoral cuando sí está expresamente consagrada de acuerdo con la Ley 2a. de 1984 para los procesos civiles, penales y laborales, y para el proceso contencioso administrativo ordinario conforme al Código de la materia.

Por las razones expuestas la Sala da trámite al recurso de apelación interpuesto en este proceso contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira el 28 de septiembre del año inmediatamente anterior.

Por lo que hace al fondo del asunto debatido en el proceso y decidido en la sentencia objeto del recurso, la Sala comparte el criterio expuesto por el *a-quo* en la misma.

Con' prueba documental idónea aparece demostrado que el señor Hernando Molina Toncel laboró en el año 1989 en el Instituto Agrícola de Fonseca hasta el 30 de septiembre, según certificación original suscrita por el pagador adscrito de aquella, visible al folio 32 del expediente. Y al folio 34 existe constancia original suscrita por el Rector en el sentido de que Molina Toncel "... presentó renuncia a partir del 30 de septiembre de 1989 como MEDICO VETERINARIO - SISTEMAS HORAS CATEDRAS". Y para desvirtuar lo afirmado por el demandante, en el sentido de que el documento que conforma el folio 13 del expediente demuestra que el demandado cobró sueldos por servicios prestados con posterioridad al 30 de septiembre de 1989, al folio 35 aparece en original certificación expedida por los citados Rector y Pagador indicando que las sumas que le fueron pagadas conforme a lo que consta en el citado documento del folio 13, lo fueron por concepto de prima de vacaciones que es costumbre pagar en el mes de diciembre "...y se liquida su valor por décimas partes". Igualmente, que le fue pagada por la misma época la prima de navidad correspondiente "...a ocho décimas partes", del tiempo laborado "...entre el primero (1o.) de febrero al treinta (30) de septiembre de 1989", con base en el sueldo. En cambio, al folio 11 aparece fotocopia autenticada de la nómina correspondiente al mes de septiembre de 1989, en la que figura el señor Molina Toncel. No aparece en el expediente prueba similar demostrativa de que el demandado hubiera cobrado sueldos con posterioridad al mencionado mes de septiembre.

De otra parte, con certificación original expedida por funcionario de la Empresa Nacional de Comunicaciones "TELECOM", en el sentido de haber sido recibido, esta fotocopia de telegrama suscrito por el señor Molina Toncel, con el cual comunicó al Jefe de la División de Personal del Ministerio de Educación Nacional la "NO ACEPTACION DEL NOMBRAMIENTO HECHO PROFESOR EXTERNO CON FUNCIONES DE MEDICO VETERINARIO EN INSTITUTO AGRICOLA FONSECA SEGUN RESOLUCION NUMERO 10123 DE AGOSTO 8 DE 1989", lo que confirma lo manifestado por el demandante en el sentido de que renunció para no quedar inhabilitado para participar en

elecciones de alcalde. Es decir, que no solamente renunció al cargo que venía desempeñando sino que no aceptó el nuevo nombramiento que para el mismo le hizo el Ministerio para el año lectivo de 1990 a fin de que no hubiera solución de continuidad.

La abundante prueba documental favorable al demandado en ningún momento ha sido tachada de falsedad, de manera que conserva su integridad probatoria conforme a las disposiciones del régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil al cual remite expresamente el Código Contencioso Administrativo.

Respecto de la prueba testimonial, la Sala anota:

Aunque las declaraciones de Juan Carlos Mejía Gómez (fl. 52), Eseide José Pinto Mendoza (fl. 53 vto.), Alexander Alfonso Gómez Carrillo (fl. 53) y Julia Rosa Arregocez García (fl. 54), indican que el señor Molina Toncel dictó su cátedra durante todo el año lectivo de 1989, es evidente que sus testimonios carecen de la credibilidad suficiente como para desvirtuar el valor probatorio de la prueba documental a la que se hizo amplia referencia en el acápite inmediatamente anterior. Además, están las declaraciones de Tulio Alberto Rodríguez Rodríguez (fl. 55), Elver José Freyle de Armas (fl. 57), Hildemaro Acosta Montero (fl. 64) y Félix Nehemías Martínez Sierra (fl. 69 y 70), según las cuales el demandado laboró únicamente hasta el mes de septiembre de 1989 y fue reemplazado por el ciudadano Roberto Romero. Estas últimas declaraciones contienen mayores precisiones sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que las hacen más veraces.

Así las cosas, la Sala encuentra que no está demostrado el hecho constitutivo de la inhabilidad, aducido por el demandante para obtener la nulidad de la elección del ciudadano Molina Toncel como Alcalde del Municipio de Fonseca, por lo cual confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adminisatrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y en desacuerdo con el concepto de la señora Fiscal,

FALLA:

1o. Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira el 28 de septiembre de 1990, que negó las súplicas de la demanda propuesta por el señor Jaime Rafael Azar Martínez mediante apoderado judicial.

2o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cumpláse.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos/ COPIA DEL ACTO

En auto que resolvió la apelación sobre suspensión provisional del acto de elección demandado, la Sala afirmó que la copia autenticada del acto acusado, anexo esencial de toda demanda contencioso-administrativa expresa, debe ser aportada en su totalidad: encabezamiento, parte motiva y parte resolutiva. Sin embargo, en casos como el presente, en donde no se debaten aspectos tales como la falsa motivación del acto, ni la falta de aplicación de determinada norma, o su aplicación indebida o su interpretación errónea, ni la existencia de un supuesto error aritmético o la violación del denominado sistema del cuociente electoral al practicar el escrutinio, el documento de la referencia constituye plena prueba para acreditar el acto demandado y la decisión administrativa electoral que se adopta por medio de él. En consecuencia, es suficiente para decidir, en el *sub-lite,* la parte resolutiva del acto aportado, suscrita, por lo demás por los funcionarios electorales competentes para expedirlo.

ALCALDE - Inhabilidad/ EMPLEADO OFICIAL

Bien que el alcalde electo hubiera tenido, hasta el 10 de enero de 1990, el *status* jurídico de empleado público, que es la regla general, en el Inscredial como establecimiento público del orden nacional, o bien la de trabajador oficial, que constituye los casos de excepción, es evidente que se estaba en presencia de un empleado oficial, que es el fundamento y razón de la inhabilidad legal para poder ser elegido alcalde municipal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta:- Bogotá, D.E., diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Proyecto: Dra. Clara I. González Marroquin.- Abogada Auxiliar.

Referencia: Expediente No. 0479. Recurso de Apelación contra la providencia de octubre 4 de 1990, proferida por el H. Tribunal Administrativo de Santander, en relación con la acción de nulidad del Acto de Declaratoria de elección del señor Pedro Jesús Tarazona Lozano, como Alcalde popular del Municipio de Surata (Santander), para el período constitucional 1990-1992.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte impugnadora, contra la sentencia de la referencia, por la cual se declaró nula la elección del ciudadano PEDRO JESUS TARAZONA LOZANO, como alcalde popular del municipio de Suratá (Santander) para el período legal 1990-1992.

I. EL FUNDAMENTO DE LAS PRETENSIONES

Considera el accionante que el señor PEDRO JESUS TARAZONA LOZANO se encontraba inhabilitado para ser elegido alcalde popular del municipio de Suratá (Santander), conforme a lo preceptuado por el art. 5°, lit. e), de la Ley 78 de 1986, modificado por el art. 1°, lit. e), de la Ley 49 de 1987 que establece que no podrá ser elegido alcalde "quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección que se haya desempeñado como empleado oficial". Según la demanda, el señor TARAZONA LOZANO se desempeñó como Jefe de Sección 2075 05 de la Sección de Bienes y Servicios, adscrita a la División Administrativa del I.C.T. en la regional Santander, del 14 de junio de 1983 hasta el 10 de enero de 1990, y como tal era empleado oficial. Además, considera el accionante que se violó el art. 26, inc. 3, de la Ley 78 de 1986, por cuanto el elegido alcalde mintió, bajo la gravedad de juramento, cuando se le solicitó manifestarse sobre posibles inhabilidades.

II. FUNDAMENTO DE LA DECISION IMPUGNADA

De los documentos públicos aportados al proceso, el *a-quo* deduce que la persona elegida como alcalde popular del municipio de Suratá (Santander), se encontraba inhabilitado para ello, al tenor de lo dispuesto por el literal e), del artículo 5° de la Ley 78 de 1986, adicionado y modificado por el literal e) del artículo 1° de la Ley 49 de 1987 que prevé lo siguiente: "No podrá ser elegido ni designado Alcalde... quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

Se acreditó, claramente, que el señor TARAZONA LOZANO, dentro de los 3 meses anteriores a la elección era empleado oficial, en la especie de empleado público, como Jefe de Sección 2075 O5 de la Sección de Bienes y Servicios, adscrita a la División Administrativa del I.C.T. en la Regional Santander.

Además, considera el H. Tribunal que también se violó el inc. 3 del artículo 26 de la Ley 78 de 1986, por parte del Alcalde electo.

III. FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACION

En síntesis, el apoderado de la parte demandada-recurrente, al sustentar el recurso de apelación, sostiene que la demanda no ha debido admitirse por cuanto no se allegó copia íntegra y auténtica del acto acusado, ni se mencionó al magistrado ponente solicitarla, violando las condiciones de procedibilidad exigidas por el art. 137 del C.C.A.

También considera que no está plenamente probada la calidad de empleado público que se le adjudica al elegido.

IV. CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO ANTE ESTA CORPORACION

El señor Fiscal Octavo del Consejo de Estado, en concepto rendido el 14 de diciembre de 1990, solicita la confirmación de la sentencia apelada por cuanto considera que el señor TARAZONA LOZANO estaba inhabilitado para ser elegido alcalde. Estima, además, que no debe prosperar la alegada ineptitud de la demanda pues si bien se allegó únicamente la parte resolutiva del acto acusado, se trata de un documento público que tiene pleno valor probatorio pues no fue tachado de falso por el interesado.

Además, la declaratoria de elección como alcalde popular por parte de la Comisión Escrutadora del municipio de Suratá (fotocopia autenticada, fl. 1) constituye plena prueba.

CONSIDERACIONES

1. En el auto calendado en fecha julio 12 de 1990, mediante el cual esta Sección resolvió el recurso de apelación contra el proveído que decretó la suspensión provisional del acto administrativo declaratorio de elección del Sr. Tarazona Lozano se dijo que, la copia autenticada del acto acusado, anexo esencial de toda demanda contencioso-administrativa dirigida contra una decisión administrativa expresa, debe ser aportada en su totalidad: encabezamiento, parte motiva y parte resolutiva (fl. 48, cuaderno 2 del expediente). Sin embargo, en casos como el presente en donde no se debaten aspectos tales como la falsa motivación en el acto administrativo, ni la falta de aplicación de determinada norma jurídica

positiva, o su aplicación indebida o su interpretación errónea, determinantes de la decisión que se adopta, ni la existencia de un supuesto error aritmético o la violación del denominado sistema del cuociente electoral al practicar el escrutinio, el documento de la referencia constituye plena prueba para acreditar el acto administrativo objeto de la contención y la decisión administrativa-electoral que se adopta por medio de él, que es la materia y decisión sobre la cual ejerce esta jurisdicción, en virtud de la acción propuesta, el control de legalidad. La situación sería diferente si se tratara de uno de los casos enunciados, por cuanto, entonces, si habría necesidad de que la copia autenticada del acto acusado contuviera su parte motiva, para que en esa forma el juez administrativo pudiera constatar, teniendo en cuenta para ello otros medios de prueba, si se dió la falsa motivación alegada, o la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de la norma superior de derecho en que se fundamenta la decisión administrativa, o el error aritmético en que se incurrió.

En consecuencia, la Sala considera que, en el caso *sub-lite*, es suficiente para decidir, la parte resolutiva del acto administrativo aportada por el demandante, la cual, por lo demás, está suscrita por los funcionarios electorales con competencia para expedirlo, que se complementa con la comunicación-constancia que obra al folio 4 del expediente principal, expedida por el señor Registrador del Estado Civil, sobre declaratoria de elección del señor Pedro Tarazona Lozano como alcalde del municipio de Suratá.

2. De acuerdo con los documentos que aparecen a los folios 3 y 6 del cuaderno número 1 del expediente, se deduce que realmente el señor Pedro Jesús Tarazona Lozano prestó sus servicios al Instituto de Crédito Territorial, Seccional Santander, como jefe de sección 2075 05, de la Sección de Bienes y Servicios, desde el día 14 de junio de 1983 hasta el 10 de enero de 1990.

El Instituto de Crédito Territorial es un estableciniento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, y en consecuencia, salvo las excepciones de ley, las personas que prestan sus servicios en él son empleados públicos, especie del género "empleado oficial", calidad que determina en quien la tiene o la ha tenido dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección como alcalde municipal, la inhabilidad para poderlo ser legalmente, según lo dispuesto en el literal e) del artículo 1° de la Ley 49 de 1987. Por tanto, bien que el señor Tarazona Lozano hubiera tenido, hasta el 10 de enero de 1990, el *status* jurídico de empleado público, que es la regla general en el indicado Instituto como establecimiento público del orden nacional, o bien la de trabajador oficial, que constituye los casos de excepción, según lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Ley 3135 de 1968, estatuto de seguridad social de los empleados del orden nacional, es evidente que se estaba en presencia de un "empleado oficial", que es el fundamento y razón de la inhabilidad legal para poder ser elegido alcalde municipal, según la disposición indicada anteriormente.

Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento expuesto por el recurrente, según el cual no está acreditada plenamente en el proceso la calidad o condición de empleado público que ostentaba el elegido en enero 10 de 1990, y, en consecuencia, la Sala encuentra la sentencia del *a-quo* ajustada a derecho, razón por la cual se impone su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de octubre 4 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso de la referencia promovido por el ciudadano NORBERTO ARDILA ARDILA, en orden a obtener la nulidad del acto de declaratoria de elección del alcalde popular del municipio de Suratá (Santander) del señor PEDRO JESUS TARAZONA, para el período constitucional de 1990-1992.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades/ **CONTRATO**

El contrato celebrado en la fecha de la elección estaba vigente por lo que el alcalde elegido procedió a renunciar en escrito de fecha 16 de marzo de 1990. Pero es verdad procesal que el referido contrato no se celebró dentro de los 3 meses anteriores a la elección por lo que la inelegibilidad del alcalde aquí no se produjo, por cuanto esta causal no puede extenderse en razón de la ejecución de un contrato que se celebra, como acontece en el caso en examen, con anterioridad a los 3 meses a la elección.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Camacho Pardo.*

Referencia: Expediente No. 0461. Apelación Sentencia. Actor: Elsy de Jesús Urzola Salcedo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el señor apoderado de la señora Elsy de Jesús Urzola Salcedo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, el día 17 de septiembre de 1990 a virtud de la cual se niegan las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. ***La acción y sus fundamentos***

Mediante apoderado debidamente constituido y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, la señora Elsy de Jesús Urzola Salcedo, demandó la nulidad

del acta de escrutinio de la comisión escrutadora del municipio de Toluviejo (Sucre), mediante la cual declaró elegido al señor Napoleón Alvarez López como alcalde municipal de la referida localidad para el período 1990-1992; la misma petición de nulidad hizo la actora en relación con la credencial que acreditaba al elegido su calidad de alcalde.

La parte actora encontró que con la expedición del acto impugnado, se violó el artículo 5° de la Ley 78 de 1986, subrogado por el parágrafo segundo, artículo 1° de la Ley 49 de 1987, en cuanto al momento de ser elegido como alcalde el señor Napoleón Alvarez López se hallaba inhabilitado por encontrarse vinculado al servicio del estado mediante contrato de prestación de servicios con jurisdicción en todo el departamento de Sucre.

2. La demanda fue admitida y en la misma providencia el *a-quo* denegó la solicitud de suspensión provisional, argumentando, que al comparar la disposición invocada, es decir, el parágrafo segundo, artículo 1° de la Ley 49 de 1987 con las pruebas aportadas con la demanda no era posible observar la manifiesta violación por parte del acto que se censuraba en la demanda, puesto que se necesitaban razonamientos jurídicos y deductivos para saber si un contrato de esa naturaleza colocaba o no al demandado en una situación de inelegibilidad y si dicho convenio tenía la virtud de revestir a una persona de la calidad de empleado oficial, e igualmente tendría que estudiar si el demandado tenía jurisdicción o autoridad civil o militar y si ese contrato se hallaba en el período restrictivo que la norma señalaba, nada de lo cual aparecía demostrado en forma ostensible ni manifiesta; al contrario, esos aspectos exigían un análisis de fondo tanto de la demanda como de las pruebas del juicio, lo cual debía ser materia de la sentencia.

3. Habiendo sido apelada la providencia que negó la suspensión provisional del acto acusado, esta decisión fue confirmada por el Consejo al advertir que no se dan los presupuestos legales para ordenar la suspensión del acto acusado, al no surgir el ostensible quebrantamiento de las disposiciones invocadas como violadas, ni de su confrontación directa con el acto acusado ni de los documentos que fueron aducidos con la respectiva solicitud.

En la contestación de la demanda, el señor apoderado del alcalde elegido, negó la existencia de la inhabilidad atribuida a su representado, expresando, en síntesis, que el doctor Napoleón Alvarez López no era empleado público ni trabajador oficial, pues, el contrato de prestación de servicios celebrado con el ente administrativo no le daba este carácter.

4. El ciudadano Alfonso Urzola Revollo, pidió que se le tuviera dentro del proceso como parte opositora y sostuvo que la relación que existía al momento de la elección entre el señor Alvarez López y la administración era meramente contractual, surgida de un contrato de prestación de servicios y por lo tanto no generó ningún tipo de relación laboral entre las partes. Propone la excepción de inepta demanda, toda vez, que a su parecer no le dio cumplimiento al artículo 229 del C.C.A., por cuanto no precisó el acto por medio del cual la elección se

declaró adoleciendo así de un vicio formal que hacía imposible una sentencia de mérito.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La excepción propuesta por la parte opositora fue desestimada por el *a-quo*, pues al revisar el texto de la demanda, encontró que el acta parcial de escrutinios declaró elegido al doctor Alvarez López Napoleón y, fue precisamente ese el acto demandado.

En relación con el fondo de esta controversia, observó que el actor inicialmente circunscribió el marco de la violación a las causales primera y segunda que se indican en el parágrafo segundo del artículo primero de la Ley 49 de 1987 en tanto que en el alegato de conclusión, el concepto de la violación fue modificado, al adicionársele la última situación de inhabilidad que contempla esa norma, relacionada con la celebración de contratos, sin embargo, por tratarse de una acción popular, el *a-quo* estudió tanto los cargos de la demanda como los del alegato de conclusión.

El Tribunal Administrativo del Cesar, inicialmente estimó que un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado no confiere la calidad de empleado público, pues la forma de vinculación de éstos, no es contractual, sino mediante un acto de condición -nombramiento-.

Posteriormente observó que tanto los trabajadores oficiales como las personas que prestan sus servicios profesionales al estado se vinculan mediante contrato, pero los de prestación de servicios no pueden considerarse de trabajo por cuanto ellos no confieren al contratista la calidad de empleado oficial, no solo por su naturaleza, sino porque por disposición legal en estos casos no se cumplen jornadas ordinarias de trabajo, no pactan prestaciones y no existe relación de subordinación y por las mismas razones los contratistas no son trabajadores oficiales, siendo así, concluyó que el doctor Napoleón Alvarez López, no era empleado oficial y menos aún con jurisdicción coactiva y por lo tanto no estaba comprendido dentro de las dos primeras situaciones contempladas como inhabilidades por el parágrafo segundo, artículo 1° de la Ley 49 de 1987 que adicionó el artículo 5° de la Ley 78 de 1986.

Finalmente consideró que el doctor Alvarez López celebró en forma directa contrato de prestación de servicios profesionales con el establecimiento público del orden nacional denominado Inscredial, el cual se encontraba vigente al momento de las elecciones del 11 de marzo de 1990, habiendo renunciado el siguiente 16, aún así, la inhabilidad no se configuró pues, dicho contrato no se celebró tal como lo dispone la norma señalada como violada dentro de los tres meses anteriores a la elección.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

En extenso escrito, el señor apoderado de la parte actora, impugna la providencia que denegó las pretensiones de su demanda con fundamento en los argumentos que seguidamente se compendían:

Sostiene básicamente el recurrente que la demanda en ningún momento fue modificada, pues desde un comienzo en ella se expresó que el abogado Napoleón Alvarez López, estaba inhabilitado por encontrarse vinculado al servicio del estado mediante un contrato de prestación de servicios con un organismo estatal, teniendo además jurisdicción en todo el territorio de Sucre.

Según lo interpreta el apelante, el legislador quiso decir en la disposición que se reputa violada, que quien dentro de los seis meses anteriores a la elección mantenga vigente un contrato con un organismo estatal está inhabilitado pues entratándose de funcionarios públicos, dicha disposición no exige que éste haya sido nombrado dentro de los seis meses anteriores a la elección y en caso contrario, es decir, si la intención del legislador hubiera sido la de que quien aspira a ser elegido alcalde no debía haber ocupado ninguna posición dentro de los seis meses o celebrado contrato dentro de los tres, en uno y otro caso anteriores a la elección, ninguna persona estaría dentro de los parámetros de inhabilidades "... ya que para dichas fechas todos son conscientes de sus futuros inmediatos en cuanto a sus aspiraciones...".

Y con base en los argumentos brevemente resumidos, solicitó se revocara el punto segundo del fallo recurrido.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Octavo de la Corporación en concepto que obra a folios 179 a 182 del expediente, después de considerar que la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda no debe prosperar, de acuerdo con lo probado, expresa que el doctor Alvarez López, no estaba inhabilitado, conforme a los elementos de juicio examinados, para ser elegido alcalde municipal de Toluviejo, por lo que, en su opinión, debe confirmarse la sentencia apelada.

III. CONSIDERACIONES

Al examen atento de la actuación cumplida en este proceso electoral, bien se advierte que quedó establecido que el señor Napoleón Alvarez López, según los resultados de las elecciones populares celebradas el 11 de marzo de 1990 y, de acuerdo con el acta de escrutinios, fue elegido alcalde municipal de Toluviejo.

Y que, la pretensión fundamental de la demanda que dio origen al surgimiento de este proceso, está orientado a obtener la decisión jurisdiccional de

nulidad de dicha elección en atención a que, según se afirma en el libelo demandatorio, en el momento de la elección el alcalde elegido, se encontraba inhabilitado, "por haberse vinculado al servicio del Estado mediante un contrato de prestación de servicios con un organismo estatal, con jurisdicción en todo el departamento de Sucre..." (folio 3).

Analizados los elementos de juicio traídos al expediente con el carácter de pruebas, se aprecia en primer término, que quedó establecido que el señor alcalde elegido, se vinculó al Instituto de Crédito Territorial, mediante un contrato de prestación de servicios profesionales, celebrado el día 4 de abril de 1988. Esta entidad fue creada por el Decreto 0094 de 29 de mayo de 1957, como organismo autónomo, adscrito como establecimiento público, al Ministerio de Desarrollo.

En segundo término, se llega a la conclusión, del análisis de las pruebas traidas a este proceso, que el ciudadano elegido no fue empleado público ni trabajador oficial del Instituto de Crédito Territorial, es decir que no tuvo el carácter de empleado oficial, término este que comprende, según el Decreto 3135 de 1968, tanto a los empleados públicos como a los trabajadores oficiales, aunque exista la distinción entre uno y otros trabajadores, en el entendimiento de que los primeros están vinculados por un régimen legal y estatutario, en tanto que los segundos están vinculados mediante un contrato de trabajo.

Tampoco se demostró en la actuación, como se afirma en la demanda, que el señor alcalde elegido, en virtud del contrato, hubiera ejercido "jurisdicción o autoridad civil, política o militar" dentro de los seis meses anteriores a su elección, pues obviamente, el contrato de prestación de servicios no podía otorgarle la facultad de administrar justicia, mediante la aplicación de normas legales a casos concretos, que es en lo que consiste la jurisdicción.

Pero, se probó en cambio que la vinculación del alcalde elegido con el Instituto de Crédito Territorial fue mediante un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el día 4 de abril de 1988, el cual en realidad se encontraba vigente para la fecha en que ocurrió la elección de alcalde, aunque según las declaraciones de los doctores Jorge Ospina Vergara, Gerente del Instituto de Crédito Territorial, Seccional Sucre y Omar Quessep Feria, Jefe de la Oficina Jurídica de la misma regional, sus actividades de contratista no se cumplían en Toluviejo sino en los municipios de Sincelejo y Corozal.

Por último, el problema jurídico de fondo que debe dilucidarse para desatar el recurso, consiste, en síntesis, en precisar si de acuerdo a lo probado, el doctor Napoleón Alvarez López, el día de su elección, se encontraba incurso en la inhabilidad consagrada en el literal e) del artículo 5° de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1° parágrafo segundo de la Ley 49 de 1987, toda vez que el demandante concreta su pretensión, en el hecho de que el alcalde elegido, dentro del término de 3 meses anteriores a su elección, había celebrado un contrato con la administración central, para cumplirse o ejecutarse en jurisdicción del municipio de Toluviejo.

Así pues, examinados por la Sala los anteriores aspectos que integran esta inhabilidad, se encuentra que el contrato celebrado en la fecha de la elección estaba vigente por lo que el alcalde elegido procedió a renunciar en escrito de fecha 16 de marzo de 1990 que obra al folio 25 del cuaderno de pruebas. Pero es verdad procesal que el referido contrato no se celebró dentro de los 3 meses anteriores a la elección por lo que la inelegibilidad del alcalde aquí no se produjo, por cuanto esta causal no puede extenderse en razón de la ejecución de un contrato que se celebra, como acontece en el caso en examen, con anterioridad a los 3 meses a la elección. Esta es la interpretación doctrinal que la Sala ha venido dando a la norma en cita, sin que hasta el momento haya encontrado motivos suficientemente válidos para variar esta posición conceptual, por lo que no puede compartir las opiniones muy respetables del apelante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 17 de septiembre de 1990.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos/ **PRESUPUESTO MUNICIPAL** - Concepto/**COMPETENCIA FUNCIONAL**

La ley al otorgar competencia a los tribunales administrativos para conocer de los procesos electorales del orden municipal ordena tener en cuenta, para determinar si se conoce de ellos en única o en primera instancia, el presupuesto anual ordinario del municipio no capital de departamento. Presupuesto, es el cálculo de las rentas probables que se recibirán y de las sumas que deben gastarse durante determinada vigencia o período; rentas o ingresos que pueden provenir de diversos conceptos: impuestos, tasas, multas, tranferencias, etc.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., enero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 0484. Actor: Jorge Emilio Suárez Velandia y otro. Recurso de apelación contra la sentencia de octubre 11 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, recaída dentro de los procesos acumulados relativos a la declaratoria de elección de concejales del municipio de Cajamarca y del ciudadano Jairo Góngora Monroy como concejal suplente, para el período 1990-1992.

Conoce la Sala del recurso de apelación ejercitado por el ciudadano LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA, parte interviniente dentro del proceso de la referencia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima con fecha octubre 11 de 1990, por medio de la cual se decretó la nulidad del acto de elección del señor Jairo Góngora Monroy como concejal suplente del municipio de Cajamarca, para el período 1990-1992, se ordenó la cancelación de su credencial y se negaron las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano Silverio Céspedes Rodríguez, relativas a la declaratoria de nulidad del acto de elección de la totalidad de los ediles del mismo municipio.

Como el impugnante de la acción promovida por el demandante Jorge E. Suárez Velandia, expresamente contrae su apelación al punto primero de la precitada sentencia, en cuanto por ella se decretó la nulidad del acto de elección del ciudadano Góngora Monroy, como concejal suplente del municipio de Cajamarca, para el período en curso, para que, en su lugar, esta Corporación profiera sentencia inhibitoria, la Sala deberá limitarse a decidir sobre dicho particular.

I. LA ACCION Y SU FUNDAMENTO

Consideró el demandante Jorge Emilio Suárez Velandia, que al ser declarado electo concejal suplente del municipio de Cajamarca, para el período constitucional 1990-1992, el ciudadano Jairo Góngora Monroy, quien se desempeñó como Inspector Primero Urbano de Policía Municipal de Ibagué hasta el 30 de enero de 1990, se quebrantó lo dispuesto en el artículo 83 del Decreto Ley 1333 de 1986 (C.R.M.), que prohibe la elección como concejal a la persona o ciudadano que dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección se hayan desempeñado como empleados oficiales.

En la demanda, igualmente, se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue decretada por el *a-quo* en proveído de 23 de mayo de 1990, confirmado por esta Sección en auto de 30 de julio del mismo año.

II. LA OPOSICION Y SU FUNDAMENTO

Desde su primera intervención en el proceso, el ciudadano impugnante de la acción ha atacado el documento que obra al folio 8 del cuaderno No. 3 del expediente, contentivo de la constancia sobre el monto del Presupuesto del Municipio de Cajamarca para la vigencia fiscal de 1990, que hace que el juicio que ahora se decide definitivamente sea de dos instancias, con dos argumentos sustanciales, a saber: 1o. Que no se certificó el monto presupuestal haciendo la discriminación entre rentas ordinarias y transferencias, para saber, entonces, cuál es realmente el monto del presupuesto anual ordinario de Cajamarca; y 2o. Que quien expide la certificación indicada, o sea, el jefe la Sección de Cuentas Municipales de la Contraloría Departamental del Tolima, no tiene entre sus funciones la de certificar sobre el monto de los presupuestos municipales. Con base en esa argumentación dice que la demanda ni siquiera debió haberse admitido y se opone a las pretensiones de la misma.

III. LA SENTENCIA Y SU FUNDAMENTO

El *a-quo*, al resolver los procesos acumulados en uno de los cuales se acompañó la certificación sobre el presupuesto del municipio al paso que en el otro no, después de observar que la certificación o constancia sobre el monto del presupuesto anual ordinario del municipio en donde se produjo la elección objeto

de la demanda, no es presupuesto de la demanda ni anexo obligatorio de la misma, ya que no tiene que ver con la cuantía de la acción, ni está señalada como anexo de la demanda contenciosa administrativa, y que, acompáñese o no dicha certificación sobre el presupuesto, el tribunal es competente por el denominado factor objetivo para decidir las acciones propuestas, llega a la conclusión que debe decretarse la nulidad del acto de elección del ciudadano Jairo Góngora Monroy, por estar establecido que se desempeñó como empleado oficial del municipio Ibagué hasta el 30 de enero de 1990, es decir, dentro de los seis meses anteriores a su elección como concejal suplente del municipio de Cajamarca.

IV. LA APELACION Y SU FUNDAMENTO

El ciudadano Martínez Sendoya, al ejercitar el recurso de apelación, insiste en sus puntos de vista, especialmente en lo relativo a que no se demostró cuál era el presupuesto anual "ordinario" para la vigencia fiscal de 1990, y para tal efecto acompaña, al escrito sustentatorio del recurso de apelación, certificación del Tesorero Municipal de Cajamarca en donde se discriminan los "ingresos corrientes", los "Ingresos tributarios" y los "Ingresos no tributarios", por un valor global de $135.659.373.oo, que vienen a constituir el "presupuesto anual ordinario", y no la suma de $228.242.472.oo certificada en el anexo de la demanda y que incluye las denominadas "transferencias" que no integran el "presupuesto anual ordinario" de la localidad.

V. EL CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Octavo de la Corporación, es de concepto que se confirme la sentencia apelada, por cuanto, de un lado, en cuanto hace relación al proceso promovido por Silverio Céspedes Rodríguez la causal de nulidad invocada ya no está consagrada por la ley como tal, sino como de simple reclamación en vía gubernativa electoral, y, por cuanto en lo que atañe al proceso instaurado Jorge Emilio Suárez Velandia, está plenamente demostrada la inhabilidad en que se encontraba el ciudadano Góngora Monroy para ser elegido concejal suplente del municipio de Cajamarca.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. No obstante lo solicitado por el señor Fiscal colaborador en cuanto hace relación al proceso instaurado por el ciudadano Silverio Céspedes Rodríguez, la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre el numeral segundo de la sentencia recurrida, que negó las pretensiones de la demanda, por cuanto, como

ya se dijo, el ciudadano Martínez Sendoya sólo recurrió la providencia en cuanto por su numeral primero declaró la nulidad del acto de elección del señor Jairo Góngora Monroy, como concejal suplente de Cajamarca, en proceso en que era parte.

Lo decidido en el numeral segundo de la providencia apelada fue recurrido por tercero que no era interviniente reconocido en el proceso, razón por la cual el Tribunal rechazó el recurso que ejercitara, según se desprende de la providencia de octubre 30 de 1990.

En consecuencia, la Sala se limitará a decidir el recurso impetrado contra lo decidido en el numeral primero de la sentencia del *a-quo*, en relación con la demanda instaurada por el ciudadano Jorge E. Suárez Velandia.

2. Los artículos 131 y 132 del C.C.A., al otorgar competencia a los tribunales administrativos seccionales para conocer de los procesos electorales del orden municipal, ordena tener en cuenta, para determinar si se conoce de ellos en única o en primera instancia, el "presupuesto anual *ordinario*" del municipio no capital de departamento, y la palabra "ordinario" le ha servido de argumento al tercero-recurrente para sostener que ese "presupuesto anual ordinario" a que se refiere el legislador, en cuanto hace relación al denominado "presupuesto de ingresos" está constituído tan sólo por los ingresos "corrientes", los "tributarios" y los "no tributarios" (tasas, derechos, rentas ocasionales, rentas contractuales, participaciones, aportes y auxilios), es decir, que dentro de la noción o concepto no cabrían las denominadas "transferencias" del sector descentralizado al municipio o los de la Nación o el Departamento al mismo.

En otras palabras, según el apelante, para determinar la competencia de los tribunales administrativos, en materia electoral, debe tenerse en cuenta el presupuesto anual ordinario, el cual se integra tan sólo con los ingresos corrientes, que se clasifican en tributarios (impuestos directos e indirectos), los no tributarios (tasas, multas, rentas contractuales, participaciones, aportes y auxilios), e *ingresos compensados* diferentes a los de las denominadas transferencias de la Nación, por ejemplo, como los de impuesto al valor agregado (IVA),o provenientes del sector descentralizado cuando la actividad de sus entes produce superavit o utilidad.

Este criterio es equivocado y no puede ser compartido por la Sala, por cuanto, de un lado, un "Presupuesto" es el cálculo de las rentas probables que se recibirán y de las sumas que deben gastarse durante determinada vigencia o período, o como lo expresa Paul Leroy-Beaulieu en su tratado de "Ciencia de las Finanzas", "un *estado* en que se prevén los ingresos y gastos durante un determinado período, un *cuadro* que avalúa y compara los gastos que deben satisfacerse y los ingresos que han de percibirse", rentas o ingresos que pueden provenir de diversos o diferentes conceptos: impuestos, directos e indirectos, tasas, multas, rentas contractuales, participaciones, auxilios y aportes, transferencias, etc., como bien lo señala la Ley 38 de 1989 (estatuto reorgánico del Presupuesto General de la Nación), en sus artículos 19 y sig., principios que deben seguir las

entidades territoriales en la expedición de sus códigos fiscales o estatutos presupuestales (art. 94 *ib.*), y, por cuanto, de otro lado, a diferencia de lo que acontece en otras disposiciones, como, por ejemplo, en el artículo 5° de la Constitución Política al señalar los requisitos para la creación de nuevos Departamentos del país, en el Código Contencioso Administrativo al hablarse del presupuesto anual ordinario, no se dice expresamente que ese presupuesto anual ordinario que se debe establecer y probar en juicio para determinar la competencia de los tribunales administrativos en materia electoral, es o sea equis millones de pesos de renta anual,*sin computar en esa suma las trasferencias que reciba el municipio.*

En consecuencia, la Sala considera que está debidamente acreditado en juicio el monto del presupuesto anual ordinario del municipio de Cajamarca para el período 1990, y, por ello, el cargo no está llamado a prosperar.

Por lo demás, y aun cuando el apelante no hace objeción alguna en lo referido al aspecto de fondo o sustancial de la contención, la Sala encuentra que la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y que, estando demostrada la inhabilidad legal del elegido por haberse desempeñado como empleado público dentro de los seis meses anteriores a la elección, debe ser confirmada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el numeral primero de la sentencia de octubre 11 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por el cual se decretó la nulidad del acto de elección del ciudadano Jairo Góngora Monroy como concejal suplente del municipio de Cajamarca, para el período 1990-1992, y se ordenó la cancelación de su credencial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD PROCESAL/ INTERVENCION DE TERCEROS

El tercero que impugna una demanda que persigue la declaratoria de nulidad de una elección o de un nombramiento, lo hace no como parte accesoria sino en su calidad de parte principal, lo que implica que el interviniente, en ese evento, no está supeditado al querer de la parte demandada; tiene una posición procesal autónoma de alcances similares a los de las partes iniciales; se anota sí, que está limitado a defender o atacar el *petitum* allí formulado, sin poder involucrar otras peticiones diferentes a las que conforman la *litis*. El incidente de nulidad puede proponerse por cualquiera de las partes o por el Ministerio Público. Tratándose de juicios electorales solo pueden hacerlo hasta el vencimiento del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, salvo el de recusación y el de nulidad por falta de competencia en los casos de ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 0505. Recurso de queja. Actor: HERNANDO HURTADO CARABALI.

El ciudadano MANUEL DE JESUS OCORO, en su condición de parte demandada, por conducto de apoderado especial constituído al efecto, y el abogado ZEBEDEO CARABALI GARCIA, en su carácter de interviniente opositor a las pretensiones de la demanda, ejercitaron el recurso de queja contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca con fecha 6 de noviembre de 1990, por medio de la cual se denegó el recurso de apelación interpuesto contra

el auto que rechazó de plano la nulidad propuesta por el demandado, recurso que habrá de decidirse por haberse ejercitado dentro de la oportunidad legal indicada para ello.

I. LA NULIDAD PROPUESTA Y SUS FUNDAMENTOS

La parte demandada fundamenta su petición en la causal consagrada en el numeral 8° del artículo 140 del C. de P.C., por considerar que la notificación del auto admisorio de la demanda no se realizó en legal forma, puesto que habiéndose ordenado por el Tribunal la notificación personal del proveído al Alcalde electo, no se le dio cumplimiento y, por otra parte, una vez que se complementó el auto admisorio de la demanda ordenando la notificación por edicto establecida en el numeral 1° del artículo 233 del C.C.A. no se procedió a la publicación en el periódico de esta segunda providencia, por lo cual se concluye que el cumplimiento de la misma no se realizó totalmente, sino en forma fraccionada.

II. LA DECISION DE LA NULIDAD Y SU FUNDAMENTO

El *a-quo* en proveído 25 de octubre de 1990, rechazó de plano la nulidad propuesta por el demandado por considerar que la nulidad planteada ya se encuentra saneada, en razón que no se violó el derecho de defensa y el acto cumplió su finalidad.

Contra dicha providencia se ejercitó el recurso de apelación para ante esta Corporación, cuya concesión se negó mediante auto de 6 de noviembre del mismo año, por cuanto el *a-quo* consideró que quien lo interpuso no fue la persona afectada, es decir, la parte demandada, sino el interviniente-opositor Zebedeo Carabalí García, que no era la parte afectada con la decisión que recayó a la nulidad.

De la decisión tomada por el Tribunal de no conceder el recurso de apelación ejercitado por el ciudadano Carabalí García, solicitaron reposición, además del mencionado, el señor apoderado de la parte demandada y el señor Helvecio Garcés Ferrin, quien intervino en ese momento sin expresar si lo hace para coadyuvar o para oponerse a las pretensiones de la demanda, aun cuando de su memorial visible al folio 183 del expediente, parece deducirse que lo hace para lo segundo; en subsidio, solicitaron la expedición de copias de la actuación para recurrir en queja ante esta superioridad.

La reposición fue negada en providencia de 29 de noviembre de 1990, ordenando expedir las copias solicitadas para efectos del recurso de queja.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE QUEJA

Al plantear el recurso de queja ante esta Corporación, el apoderado del demandado y el interviniente-opositor expresan lo siguiente, después de hacer un relato de lo ocurrido hasta ese entonces en el proceso:

> "Si bien es cierto que al tenor del enciso (sic) Tercero del Artículo 143 del C.P.C., la nulidad por falta del (sic) notificación o emplazamiento en legal forma solo puede ser alegada por la persona afectada no es menos cierto que el alcanse (sic) que le da el Tribunal a la norma corresponde a una interpretación exegética que a nuestro juicio no es la correcta. Al plantear la nulidad digimos (sic) que los intervinientos hasta el momento no podían, como no lo hicieron plantear esta nulidad, ya que correspondía a la parte afectada, por expresa disposición del mencionado Artículo; pero ello no quiere decir que una vez planteada la nulidad, los demás intervinientes, principales o adhesivos no puedan referirse a ella impugnando las decisiones relacionadas con la misma, como aconteció, máxime si el Doctor Maclovio OCORO, había cohayugado (sic), aunque después de ejecutoriado el auto, el mencionado recurso. Es preciso traer las expresiones del Profesor de Derecho y Consejero de Estado, doctor Betancourt Jaramillo, cuando dice en su libro DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO: 'Todas las partes en el proceso -como lo afirma el Profesor ANTONIO J. PARDO- interesa (sic) hacer desaparecer las irregularidades que afectan el procedimiento y obtener un fallo definitivo y firme de la *litis*'. De modo, pues, que la expresión utilizada en el sentido de que no puede alegarse debe entenderse como no podrá proponerse, por cuanto la actuación posterior a su proposición puede ir acompañada de peticiones de los demás intervinientes.
>
> "El demandado y quien debía proponer la nulidad, lo hizo en tiempo, no las ha saneado ni expresa ni tásitamente (sic), lo que implica un pronunciamiento por parte del Consejo de Estado".

Corresponde ahora a la Sala decidir el recurso de queja interpuesto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1o. Como en múltiples ocasiones lo ha expresado esta Corporación y lo recuerda el tratadista y consejero Carlos Betancur Jaramillo en su obra "Derecho Procesal Administrativo", citado por el *a-quo* en una de sus providencias, en el contencioso de anulación, una de cuya modalidades es el contencioso electoral, el tercero que impugna una demanda que persigue la declaratoria de nulidad de una elección o de un nombramiento, lo hace no como parte accesoria sino en su calidad de parte principal, lo que implica que el interviniente, en ese evento, no está supeditado al querer de la parte demandada; tiene una posición procesal autónoma de alcances similares a los de las partes iniciales: puede pedir pruebas

aun cuando las partes iniciales no lo hayan hecho; puede apelar aunque tampoco ellas hayan tomado esa iniciativa; puede alegar según su parecer, etc.

Se anota, sí -dice el profesor Betancur J.-, que aunque tenga ese carácter de parte principal, dada la índole del contencioso de nulidad el hecho de que la demanda sea la única pieza del proceso que concreta su objeto, el coadyuvante está limitado a defender o atacar el petitum allí formulado, sin poder involucrar otras peticiones diferentes a las que conforman la litis.

En consecuencia, forzoso es concluir, como lo hizo el *a-quo*, que el abogado Zebedeo Carabalí García, en este proceso, es "parte principal" impugnadora, y no simple "coadyuvante" de la parte demandada, es decir, que tenga "con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida", como lo contempla el artículo 52 del C. de P.C., que le permitiera a dicha persona efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición a los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio (inc. 2o. *ib.*).

De manera que, en el caso *sub-lite*, si bien es cierto el incidente de nulidad procesal por falta de notificación personal al demandado -que no era obligatoria según el art. 223. numerales 3 y 4, inciso segundo, del C.C.A. y la interpretación dada a dichas normas por esta Sección, no obstante lo cual se ordenó- o por falta de notificación por edicto que debe publicarse en los términos de la misma disposición cuando deban practicarse nuevos escrutinios, como en este caso, o por falta de notificación del auto admisorio de la demanda por edicto durante cinco días, que era lo que procedía, razón por la cual se adicionó la providencia respectiva que había omitido dicho ordenamiento, y se cumplió, o la notificación irregular por falta de notificación por edicto publicado en período de la providencia que adicionó la admisoria de la demanda, podía ser propuesto no sólo por la parte afectada con el hecho o con la omisión, pues la Sala comparte la opinión del profesor ANTONIO J. PARDO, según la cual el incidente de nulidad puede proponerse por *cualquiera de las partes* o por el ministerio público, puesto que a todas ellas interesa hacer desaparecer las irregularidades que afectan un procedimiento, en orden a obtener un fallo definitivo y firme en la litis, lo cual, agrega la Sala, tratándose de juicios electorales sólo pueden hacer hasta el vencimiento del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, salvo el de recusación y el de nulidad por falta de competencia en los casos de ley (art. 242, inciso final, del C.C.A.), no es menos cierto que: a) en este asunto el que apeló de la providencia que decidió sobre la nulidad planteada por el demandado, no fue éste sino la que pudieramos denominar la parte interviniente-opositora que no había propuesto el incidente, lo cual podría indicar que aquél, inicialmente, estuvo de acuerdo con lo decidido en relación con lo que planteó ante el *a-quo,* o simplemente al dejar transcurrir el término para apelar renunció tácitamente al recurso, y, en consecuencia, no podía hacerlo por él otra de las partes en el juicio o un tercero salvo que invocara la agencia oficiosa; y b) la apelación del ciudadano

Carabalí García no puede considerarse como una apelación adhesiva, por cuanto la parte demandada no había apelado, y no se puede a adherir a lo que otro no ha realizado.

Las normas contenidas en los artículos 350 y 353 del C. de P.C., son claras y terminantes: a) podrá interponer el recurso de apelación la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: y b) la parte que no apeló podrá adherir al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia le fuere desfavorable.

2o. Ahora bien; como para que prospere el recurso de queja es indispensable que se cumplan los requisitos de ser susceptible de apelación, por mandato general o especial de la ley, la providencia recurrida, que el recurso sea ejercitado dentro, del término señalado para ello y que, finalmente, sea interpuesto por parte interesada por haberlo afectado desfavorablemente lo decidido por el inferior, y este último requisito no se cumple, como se ha visto, es evidente que el recurso de queja no está llamado a prosperar, y así se decidirá.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

No prospera el recurso de queja interpuesto contra la providencia de 6 de noviembre de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo Administrativo del Cauca, dentro del proceso de la referencia, y, en consecuencia, no se concede el recurso de apelación ejercitado contra el proveído que negó la nulidad procesal planteada por el demandado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Miguel González Rodríguez, José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL/ *REFORMATIO IN PEJUS* - Inaplicabilidad

La acción contenciosa electoral no sólo es indesistible, por tratarse de una acción pública y ahora por mandato expreso de la ley, sino que, en razón de interesar a toda la sociedad colombiana, de la cual el accionante es un incidental intermediario para que el aparato jurisdiccional del Estado entre en funcionamiento, más allá de todo interés puramente privado, al conocer de ella, en virtud del recurso de apelación, el juez *ad quem* ejerce su competencia sin limitación alguna; es decir; sin limitación por el principio de la *reformatio in pejus*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., enero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 0464. Apelación de la sentencia de septiembre 26 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del César. Actor: Augusto Eliseo Sampayo Noguera.

Dentro del término de notificación de la sentencia de seis de diciembre de 1990, por medio de la cual esta Sección decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo de septiembre 16 del mismo año, proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar, el ciudadano Augusto Eliseo Sampayo Noguera solicitó de la Sala que "en forma oficiosa se sirva declarar la nulidad del proceso a partir de la sentencia de segunda instancia, de fecha 6 de diciembre de 1990, por falta de competencia funcional, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2° del Art. 140 del actual Código de Procedimiento Civil", por cuanto no se respetó el principio de la *Reformatio in Pejus* consagrado en el art. 357 *ibídem* en la forma como quedó después de su subrogación por el Decreto Ley

2282 de 1989, según el cual el "Superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso".

Sostiene el accionante que el recurso de apelación por él ejercitado, iba encaminado únicamente a la complementación del fallo de primera instancia, para efectos de que se ordenara la práctica de nuevos escrutinios, conforme lo dispone el C.C.A., cosa que no hizo el *a-quo* al declarar la nulidad y que debió haber dispuesto como bien lo reconoció la Sala al decidir la apelación.

Para resolver,

SE CONSIDERA

1. Reiteradamente ha dicho esta Corporación que mediante la acción contencioso-administrativa se impugna, por lo general, un acto de la Administración y el interés de que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se pronuncie en definitiva sobre ello no es sólo el del demandante sino también el de la administración misma y, fundamentalmente, el de la comunidad. La impugnación de tales actos "lleva implícitas trascendentales cuestiones de derecho público, ya que está comprometida la legalidad de los procedimientos y decisiones de la Administración y, directa o indirectamente, el propio orden jurídico. Por ello, además de los derechos individuales o subjetivos que puedan estar en juego hay otros, superiores, que exigen una decisión jurisdiccional" (auto de abril 8 de 1970, sección 2° de la sala de lo contencioso administrativo, Consejero Ponente Andrés Holguín, Anales del Consejo, año XLVI, tomo LXXVIII, números 425-426, pág. 156 y ss.), y, refiriéndose concretamente a la denominada acción electoral, modalidad del contencioso de anulación, ha expresado:

"La acción electoral es una acción pública, tanto porque puede ejercerla 'cualquier persona', como porque su finalidad es la de que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo verifique si la elección hecha popularmente o por una corporación se ajustó a las normas constitucionales y legales que reglamentan la materia. Hay en tales acciones un interés general, cual es el de que la sociedad está interesada en comprobar la legalidad del acto acusado, esto es, si guarda armonía con los ordenamientos superiores que regulan el sufragio, con el sistema implantado para la adjudicación de los puestos, con las cualidades que deben tener los candidatos, etc. Porque si los contraría o quebranta se debe declarar la nulidad. De ahí que el demandante en tales acciones no sea más que incidental intermediario de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional en busca de la verdad electoral. El desistimiento es un acto de renuncia del proceso y se puede hacer libremente cuando están de por medio sólo intereses particulares del renunciante y siempre que tenga capacidad para hacerlo. No así cuando al juicio se hallan atados valores más altos como son el imperio de la ley, la pureza del sufragio como fuente del régimen representativo democrático y otros que persigue el proceso electoral y que exigen imperiosamente una decisión jurisdiccional..." (Auto de agosto 19 de 1970 de la Sala Plena de lo Contencioso Admi-

nistrativo, Ponente Gustavo Salazar Tapiero, Anales del Consejo, Tomo XLV, números 427-428, segundo semestre, reiterado en providencia de noviembre 18 de 1972 de la Sección primera de la Sala Contenciosa, Ponente Humberto Mora Osejo, exp. 1594, extractos del Consejo de noviembre de 1972 y en providencia que corre publicada en los extractos de la Corporación de marzo 1981, pág. 170).

2. De acuerdo con lo anterior, es decir, partiendo de la base de que la acción electoral, modalidad de la acción pública, se repite, no sólo es indesistible por cuanto interesa a toda la comunidad, sino que en ella quien la ejercita "no es más que un incidental intermediario de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional", es incontrovertible que en el proceso electoral no tiene aplicación el principio de la *"reformatio in pejus"* consagrado en art. 357 del C. de P.C., para las contenciones entre los particulares y para las de conocimiento de esta jurisdicción especial distintas a las originadas en la acción de nulidad, incluída la de naturaleza electoral, y que el *ad-quem*, como se dijo por la Sección en reciente providencia, al conocer del recurso de apelación, ejerce su competencia, sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada, al igual de lo que sucede en el campo procesal penal, en donde igualmente la acción es pública (sentencia de enero 17 de 1991, Ponente Dr. Jorge Penén Deltieure, exp. 469).

En síntesis, la acción contenciosa electoral no sólo es indesistible, por tratarse de una accion pública y ahora por mandato expreso de la ley (art. 235 del C.C.A.), sino que, en razón de interesar a toda la sociedad colombiana, de la cual el accionante es un incidental intermediario para que el aparato jurisdiccional del Estado entre en funcionamiento, más allá de todo interés puramente privado, al conocer de ella, en virtud del recurso de apelación, el juez *ad-quem* ejerce su competencia sin limitación alguna; es decir, sin limitación por el principio de la *reformatio in pejus*.

3. Pero es que, además, en el caso *sub-lite* resultaba a todas luces contrario a todo principio de derecho y a toda norma jurídica, que encontrando el juez de segunda instancia que el de primera incurrió en un protuberante error de derecho, consistente en dar por probado un hecho -el parentesco entre elegido y miembro de un jurado de votación- sin estarlo, a consecuencia de lo cual declaró la nulidad del acto de elección, no tenga competencia para enmendar ese error y tenga que verse obligado, por aplicación del indicado principio de la *"reformatio in pejus"*, consagrado para las contenciones en donde sólo estén en juego intereses particulares, a complementar o adicionar su decisión con la orden de practicar los consiguientes escrutinios que dispone la ley para ese evento.

En consecuencia, no se da la alegada causal de nulidad procesal por falta de competencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Negar la declaratoria de nulidad del proceso a partir de la sentencia de segunda instancia, de fecha 6 de diciembre de 1990, por no existir la falta de competencia alegada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Miguel González Rodríguez, José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure,

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades/ **SANCION PENAL/ COPIAS** - Valor probatorio/ **CONFESION** - Valor probatorio

Las copias de las sentencias aportadas son reproducciones mecánicas sin constancia alguna de la existencia de auto que las hubiera ordenado y sin la firma del secretario. Tan sólo llevan estampado en sus hojas un sello de la Secretaría del Juzgado, sello que en manera sustituye la formalidad a la que se refiere la ley. En otras palabras, son copias no autenticadas. Sin embargo, en el proceso el demandado aceptó el hecho de haber sido condenado, así como el hecho de que le fue suspendida la ejecución de la condena. Esta confesión espontánea que reúne los requisitos de ley, unida a la existencia de las copias informales de las sentencias y a su notificación, habida cuenta del sello del Juzgado impuesto en cada una de sus hojas y a la circunstancia de que tales copias no han sido tachadas ni reargüidas de falsas, constituye prueba suficiente para demostrar la inhabilidad aducida.

ESCRUTINIO NUEVO - Improcedencia/ **ELECCION NUEVA** - Procedencia

Si de acuerdo con la Ley 78/86, artículo 13, las faltas absolutas del alcalde se producen por "declaratoria de nulidad de su elección", la provisión del cargo para llenar la vacancia debe hacerse no mediante nuevo escrutinio ordenado por autoridad jurisdiccional que hizo la declaratoria de nulidad, sino conforme con lo preceptuado en el artículo 20 *ibídem*, es decir, nueva elección.

REFORMATIO IN PEJUS - Inaplicabilidad/ **ACCION ELECTORAL**

No siendo obligatoria la sustentación del recurso de apelación de sentencias en el proceso electoral al tenor de los arts. 250 y 251 del C.C.A., y tratándose de proceso originado en la acción pública electoral, el

principio de la *reformatio in pejus* no tiene aplicabilidad porque corresponde al juez la revisión total, sin limitación alguna, de la actuación con miras a la correcta administración de justicia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0467. Actor: Arnulfo Mostacilla Carabalí.

Por apelación de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca el 4 de octubre del año próximo pasado, conoce la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del proceso que tuvo su origen en demanda instaurada mediante apoderado judicial del señor Arnulfo Mostacilla Carabalí, para obtener la nulidad del acto por medio del cual las Autoridades Electorales declararon elegido Alcalde del Municipio de Miranda, Cauca, al señor José Norbey Grajales Ramírez, para el período de 1990 a 1992.

ANTECEDENTES

I. En uso de la acción pública electoral el señor Arnulfo Mostacilla Carabalí demandó la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual la Comisión Escrutadora del Municipio de Miranda, Cauca, refrendó la elección del señor José Norbey Grajales Ramírez como alcalde Municipal de dicha localidad, según el resultado de los comicios celebrados el 11 de marzo de 1990.

II. Sostiene el demandante que a tenor de los artículos 172 de la Constitución Nacional, en concordancia con los artículos 65 numeral 5 de la Ley 96 de 1985, 5°, literal c) de la Ley 78 de 1986 y 29 inciso 2 de la misma, el ciudadano José Norbey Grajales Ramírez estaba inhabilitado para ser elegido Alcalde, toda vez que fue condenado a pena privativa de la libertad por delito de lesiones personales ocurridas en reyerta que sucedió el 30 de abril de 1984 en el Municipio de Miranda, Departamento del Cauca. Afirma el demandante que de acuerdo con el acta parcial del escrutinio de los votos, allí se sufragó por los ciudadanos Grajales Ramírez y Arnulfo Mostacilla Carabalí "...con 1943 votos lo cual significa que en esa elección debió emplearse el sistema del cuociente electoral que institucionaliza el artículo 172 de la Constitución Política" para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más candidatos en elección popular o en una Corporación pública. Que como en el caso de la elección de Alcalde para el Municipio de Miranda se desconocieron "...preceptos que regulan la organización y el proceso electorales, contenidos, principalmente, en el Código Electoral o Decreto 2241 de 1986, y normas específicas como la Ley 96 de 1985 y la 78 de 1986", se quebrantó el artículo 172 de la C.N. En el caso de la elección

del señor Grajales Ramírez como Alcalde, se computaron votos a favor de un candidato que no reunía las calidades legales, por estar inhabilitado por haber sido condenado a pena privativa de la libertad, por delito no político. Por consiguiente deberá ordenarse nuevos escrutinios conforme "a lo estatuido por el artículo 247 del Código Contencioso Administrativo". La votación por un candidato inhábil implica la elección del candidato por mayor número de votos según el nuevo escrutinio, pues desde un comienzo la elección debió recaer en él por tratarse de candidato que sí reunía las calidades.

III. Mediante apoderado debidamente constituido el señor José Norbey Grajales Ramírez contestó la demanda poniendo de presente que la sentencia de segunda instancia en su numeral 3o. establece "...la suspensión de la ejecución de la condena condicional por un período de prueba de dos años que se contarán a partir de la ejecutoria de esta providencia", lo que significa que la pena que le fue impuesta "...no tiene eficacia práctica, no puede cumplirse, se encuentra interrumpida en su cumplimiento y en consecuencia no se encuentra incurso en las situaciones contempladas..." en las disposiciones legales que establece la ilegalidad atribuida por el demandante. Sostiene que la condena de ejecución condicional "...comporta la suspensión de la pena impuesta, sustrae a quien se beneficia de esta circunstancia del cumplimiento de la medida impuesta, esto es que lo ubica en el terreno de no merecer las consecuencias de la sentencias (sic) y si ello es así, sino lo hace merecedor de las consecuencias de la sentencia que es la primera, mas importante y mas grave efecto de la medida, menos aún puede hacerlo merecedor de otras consecuencias derivadas de la calidad de condenado que de manera efectiva no alcanza a constituir. ...Dicho en otros términos, si la consecuencia lógica, obligada y final de la comisión de un hecho punible, esto es la pena no tiene eficacia en virtud del otorgamiento de la condena de ejecución condicional, no puede tenerla para efectos distintos a los penales para los cuales se finaliza un proceso con la imposición del castigo".

De acuerdo con la interpretación de las disposiciones penales y administrativas aplicables al caso, dice el demandado, "...encontramos que el señor José Norbey Grajales Ramírez, no se encontraba inhabilitado para ser elegido como Alcalde Municipal de Miranda, como efectivamente sucedió y solamente una interpretación exegénica, distante de la consideración integral de la normatividad aplicable puede conducir a esa conclusión. ... De otra parte debe observarse como acudiendo a la interpretación de los principios generales del derecho encontramos que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal." Así suspendida la pena principal y no las accesorias por olvido involuntario del funcionario, tal como ocurre en esta (sic) caso, puesto que en la parte resolutiva de la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Miranda existe olvido al respecto, debe entenderse que las penas accesorias siguen la suerte de la principal y en consecuencia la interdicción de (sic) para ejercer derechos y funciones públicas también se encuentra suspendida. Aesto (sic) acuden las normas consagradas en el artículo 69 del código (sic) penal (sic) y 55 inciso primero, última parte. ibidem (sic)".

IV. Surtido el trámite correspondiente, mediante sentencia fechada el 4 de octubre de 1990, objeto del recurso de apelación que hoy tramita la Sección Quinta del Consejo de Estado, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca declaró "...NULA LA ELECCION DE ALCALDE MUNICIPAL DE MIRANDA - Cauca contenida en el Acta parcial de escrutinio de los votos para Alcalde Municipal de la comisión escrutadora Municipal de ese distrito de marzo 13 de 1990, por la cual se declara elegido a JOSE NORBEY GRAJALES RAMIREZ, como Alcalde Municipal del municipio de Miranda", ordena cancelar la respectiva credencial y niega las demás pretensiones de la demanda. Para adoptar tal decisión, que está de acuerdo con la opinión emitida por respectivo Agente del Ministerio Público, el Tribunal tuvo en cuenta, como válidas, las pruebas aportadas por el demandante y los argumentos aducidos en su defensa por el demandado. Analizó el *a-quo* las disposiciones citadas por el demandante como infringidas con la declaratoria de elección del señor Grajales Ramírez, examinó los aspectos relacionados con el alcance y consecuencias del subrogado penal conocido como suspensión condicional de la pena y, por último, se refiere al alcance del artículo 247 del C.C.A. (art. 60 D.E. 2304/89) en cuanto éste plantea la posibilidad de nuevo escrutinio como consecuencia de la declaración de nulidad del acto demandado.

V. Mediante escrito que constituye los folios 124 a 128, el mandatario judicial del demandante interpuso en su oportunidad el recurso de apelación, que sustentó en esta segunda instancia, por no estar conforme con la negativa del *a-quo* a ordenar nuevos escrutinios. Al efecto reitera, aunque con diferente redacción, los argumentos que expuso en la demanda. Insiste en que oportunamente expresó su concepto sobre el desconocimiento del artículo 172 de la Constitución con la declaratoria de elección del señor Grajales Ramírez, porque al estar inhabilitado para participar en los comicios y ser elegido, se desconoció el sistema del cuociente electoral. El Tribunal limitó los efectos de la declaratoria de nulidad de la elección a las consecuencias que se desprenden de la regulación contenida en el artículo 13 de la Ley 78 de 1986, dejando de lado los puntos de vista expresados en la demanda. Para concluir su alegación, manifiesta el señor apoderado "Quizás, le asistiera la razón al Tribunal de instancia, si este apoderado hubiera apoyado su pretensión del subnumeral 2.2. de la demanda, únicamente, en el artículo 5°, literal c) de la Ley 78 de 1986. Pero no, con tal violación del artículo 5°, anotada, también transgredió la comisión electoral, una de las reglas doradas del sistema electoral colombiano: la de que, únicamente, se computen votos a candidatos que reúnan las calidades constitucionales y legales para ser electos. En la sentencia recurrida, reconoce el Tribunal "...que sobre el candidato de la Alcaldía de Miranda pesaba, pues, sentencia condenatoria legalmente dictada por un Juez de la República que al tenor de las normas citadas, lo inhabilitaba para ser elegido Alcalde ...". - fl. 11 de la sentencia -. Si, en verdad, existe la plena convicción, de que JOSE NORBEY GRAJALES RAMIREZ no podía ser elegido ni designado Alcalde de Miranda, por haber "sido llamado a juicio" y "condenado a pena privativa de la libertad...", también debe afirmarse, con esa misma

plena convicción que JOSE NORBEY GRAJALES RAMIREZ no reunía las calidades constitucionales ni legales para ser electo ALCALDE MUNICIPAL DE MIRDANDA (sic), Cauca. El negocio electoral sometido a control de esa Honorable Sala Electoral, se sitúa como muchos otros negocios ya definidos por la misma, dentro de las causales de nulidad de una elección, cuya declaratoria, conlleva, como consecuencia, la práctica de un nuevo escrutinio por el Tribunal del conocimiento.".

Afirma que la Sección Quinta del Consejo de Estado en el proceso radicado bajo el número 323, que versó sobre la nulidad de la elección del Alcalde de la Ciudad de Barranquilla, interpretó los artículos 13 y 20 de la Ley 78 de 1986, en el sentido de que procedía nuevo escrutinio, e insiste en que en la demanda se sustentó la pretensión de obtener la ordenación de nuevos escrutinios, en los siguientes términos:

> "El..." INRI de haber sido llamado a juicio y de haber sido condenado a pena privativa de la libertad, lo padecía el señor JOSE NORBEY GRAJALES RAMIREZ en virtud de providencias judiciales, debidamente, ejecutoriadas como se demuestra con la fotocopia auténtica de cada una de las citadas providencias. Por consiguiente, don JOSE NORBEY GRAJALES RAMIREZ, por estar inhabilitado para ser elegido alcalde, no reunía las calidades legales para ser electo, ni los miembros de la COMISION ESCRUTADORA MUNICIPAL DE MIRANDA, Cauca, tenía competencia para computar tales votos."

VI. El Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el señor Fiscal Octavo del Consejo de Estado, opina en su concepto de fondo que de acuerdo con la preceptiva del artículo 13 de la Ley 78 de 1986, sobre faltas absolutas y temporales de los alcaldes, y el artículo 20 de la misma ley, el *a-quo* tuvo la razón cuando denegó ordenar nuevo escrutinio. Lo procedente, agrega, "...es que el Gobernador del Cauca proceda a señalar fecha para la elección de un nuevo Alcalde ... ya que todavía no ha transcurrido un año del período actual de los Alcaldes.". Afirma que en el caso del Alcalde de Barranquilla "...a que alude el recurrente en el escrito contentivo del recurso de alzada, la situación es diferente porque allí se declaró la invalidez de unos votos de unas mesas de votación...", siendo necesario efectuar nuevo escrutinio descontado los votos depositados a favor del candidato cuya elección fue anulada. En el caso *sub-judice*, la anulación de la elección tuvo su motivación en una inhabilidad, no en causa originada en materia atinente al cómputo de votos.

Para resolver,

SE CONSIDERA

No observándose motivo alguno de nulidad, procede la Sala a decidir el recurso de apelación.

Con miras a verificar lo afirmado por el señor apoderado al sustentar el recurso, en el sentido de que el señor José Norbey Grajales Ramírez fue condenado a pena privativa de la libertad "... en virtud de providencias judiciales, debidamente, ejecutoriadas como se demuestra con la fotocopia auténtica de cada una de las citadas providencias...", se comprobó que el demandante aportó fotocopias a reproducciones mecánicas que constituyen los folios 7 a 24 vuelto de este expediente, que en manera alguna son la "fotocopia auténtica", que él pretende. En efecto, teniendo en cuenta el régimen probatorio del C. de P.C., que debe aplicar la jurisdicción contenciosa administrativa por virtud de la remisión ordenada por el artículo 168 del C.C.A., las copias de actuaciones judiciales, entre ellas las sentencias, podrán expedirse mediante transcripción o reproducción mécanica (art. 115.6. C. de P.C.) y, en todo caso, las copias auténticas "...requerirán auto que las ordene y la firma del secretario.", (art. 115.7. del C. de P.C.). Y las copias no autenticadas podrán ser expedidas por el secretario "...a petición verbal de cualquier persona... sin necesidad de auto que las autorice. Tales copias no tendrán valor probatorio de ninguna clase." (art. 115.5. del C. de P.C.). Pues bien, las copias de las sentencias aportadas por el demandante son, como se dijo, reproducciones mecánicas sin constancia alguna de la existencia de auto que las hubiera ordenado y sin la firma del secretario. Tan sólo llevan estampado en sus hojas un sello de la Secretaría del Juzgado Promiscuo Municipal de Miranda, sello que en manera alguna sistituye la formalidad a la que se refiere el numeral 7 del artículo 115 del C.de P.C. Con otras palabras, son las "copias no autenticadas" que menciona el numeral 5 del precitado artículo. Y, como las copias tienen valor probatorio cuando han sido autorizadas "...por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada", o "Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que a éste se le presente", según las voces del artículo 254 del C. de P.C., las presentadas por el demandante en este proceso carecen de valor probatorio porque no se adecúan a las previsiones contenidad en los citados artículos.

Lo que se ha puesto de presente respecto del valor probatorio de los documentos -reproducción mécanica- aportados para comprobar en el señor José Norbey Grajales Ramírez la inhabilidad para ser elegido Alcalde, sería suficiente para revocar la sentencia puesto que tal inhabilidad no está debidamente probada con tales documentos. Y esto podría hacerse no obstante que el motivo de inconformidad aducido por el recurrente se refiere de manera específica a la parte del fallo que niega ordenar nuevo escrutinio, porque no siendo obligatoria la sustentación del recurso de apelación de sentencias en el proceso electoral a tenor de los artículos 250 y 251 del C.C.A., y tratándose de proceso originado en la acción pública electoral, el principio de la *reformatio in pejus* no tiene aplicabilidad porque corresponde al juez la revisión total, sin limitación alguna, de la actuación con miras a la correcta administración de justicia; tanto para garantizar el ejercicio del derecho al voto como todos y cada uno de los principios contenidos en el artículo 1° del Código Electoral así como el debido proceso conforme al artículo

26 de la Constitución Política. Al respecto, sostuvo esta Sala en sentencia proferida el 17 de los corrientes en el expediente No. 469:

> "Ciertamente, el contencioso electoral es un proceso de naturaleza especial y así lo estimó el Legislador cuando para su tramitación consagró en el capítulo IV, título XXVI del C.C.A. un procedimiento especial distinto de aquél al cual están sometidos los procesos contenciosos originados en la acción de simple nulidad, denominado "PROCEDIMIENTO ORDINARIO" en el título XXIV del dicho estatuto. En buena parte esa naturaleza especial del proceso electoral tiene fundamento en la naturaleza misma de la acción que lo origina, que es pública porque la tutela jurídica de la acción y su desarrollo procesal interesa a toda la comunidad. Se trata de una acción de la cual "cualquier persona" puede hacer uso en demanda directa por la vía jurisdiccional (art. 227 C.C.A.), pero que una vez desencadenada no es posible detenerla mediante el desistimiento, porque, como ya se anotó, el ámbito de tal acción trasciende de lo privado a lo público, Además, ese procedimiento especial se caracteriza por su brevedad frente al ordinario, porque de su expedición depende precisamente la eficacia de la tutela del ejercicio del sufragio popular, base de un sistema democrático bien fundamentado.
>
> Por manera que sobre la base de las características que distinguen tanto a la acción pública electoral como al procedimiento especial para tramitar los procesos originados en el uso de aquella, en la forma que acaba de anotarse, es claro que dicho proceso constituye en toda su extensión una excepción frente al proceso contencioso administrativo ordinario. De ahí que el trámite de la apelación conforme a los artículos 250 y 251 del C.C.A. constituya una excepción, contrariamente a lo que afirma la distinguida Colaboradora Fiscal. Como el Código Contencioso Administrativo es un todo armónico, forzoso es entender que si el Legislador hubiera querido darle al trámite del recurso de apelación de sentencias en el proceso electoral tratamiento similar al previsto en el artículo 212 del mismo Código, lo hubiera dicho expresamente. Sin embargo no lo hizo porque entendió que la celeridad propia del juicio electoral resultaba incompatible con un tratamiento procesal similar al consagrado en dicho artículo, y como garantía de la buena administración de justicia, que se supone como resultado de la revisión total que hace el superior de la actuación del inferior. No puede pasarse por alto que la regulación del proceso electoral viene ubicada en el Código con posterioridad a la que rige el proceso ordinario. No existe, por consiguiente, vacío alguno que dé lugar a remitir el trámite del recurso de apelación en el proceso electoral al señalado en el artículo 212 del Código.
>
> Tal parece que el Legislador estimó conveniente y necesario que en el juicio electoral ocurra algo similar a lo que sucede en el proceso penal, en el que la competencia del superior al conocer del recurso de apelación se ejerce

"...sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada..." (art.538 C. de P.P.), posiblemente porque al igual que la acción penal, la acción pública electoral interesa a toda la Sociedad más allá de todo interés puramente privado. Consideró el Legislador tal situación como una mejor garantía de la más correcta administración de justicia.

Naturalmente, al no ser obligaroria la sustentación del recurso de apelación en el proceso contencioso electoral, al juez de la segunda instancia le resulta imposible conocer las razones de hecho y de derecho que motivaron al recurrente, lo que supone un desacuerdo genérico de éste con la decisión impugnada. Esta situación trae como consecuencia la inaplicabilidad del principio de la *reformatio in pejus* porque, aún así el recurso sea sustentado, la naturaleza y las características de la acción electoral obligan al funcionario a revisar sin limitación alguna tal decisión a fin de verificar su total conformidad con los hechos y con el derecho. No de otra manera podría entenderse la razón por la cual el Legislador excluyó la sustentación obligatoria del recurso de apelación en el proceso electoral cuando sí está expresamente consagrada de acuerdo con la Ley 2a. de 1984 para los procesos civiles, penales y laborales, y para el proceso contencioso administrativo ordinario conforme al Código de la materia".

Sin embargo, en el proceso el demandado aceptó plenamente el hecho de haber sido condenado en primera instancia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Miranda y en segunda instancia por el Juzgado Primero Superior de Santander de Quilichao (fls. 58 y 59), así como el hecho de que le fue suspendido "...la ejecución de la condena condicional por un período de prueba de dos años que se contarán a partir de la ejecutoria..." de la sentencia. Esta confesión espontánea hecha en la contestación de la demanda (art.194 del C. de P.C.), que reúne los requisitos del artículo 195 del C. de P.C., unida a la existencia de las copias informales de las sentencias de primera y segunda instancia y a su notificación, habida cuenta del sello del Juzgado impuesto en cada una de sus hojas y a la circunstancia de que tales copias no han sido tachadas ni reargüidas de falsas, constituye la prueba suficiente para demostrar la inhabilidad aducida en la demanda con miras a obtener la nulidad del acto declaratorio de elección del señor José Norbey Grajales Ramírez por transgresión de los artículos 5° literal c) y 29 de la Ley 78 de 1986.

Se trata de prueba idónea para lo que aquí se pretende, conforme a la ya citada preceptiva del C. de P.C.

Al decidir ésto, sobre la validez de las copias que obran en el expediente para demostrar la inhabilidad del elegido Alcalde, la Sala tiene muy en cuenta que en este proceso el principio de la contradicción en materia probatoria está garantizada en su integridad. Distinto sería si con las copias de marras se pretendiera obtener la suspensión provisional del acto demandado. Si así fuese tales copias carecerían de valor probatorio porque, como bien es sabido, la medida de

excepción que es la suspensión provisional, debe decretarse en el auto admisorio de la demanda, lo que significa que la prueba aportada con ésta no ha tenido la oportunidad de ser conocida por él, por los efectos con los resultados del proceso, es decir, que no ha sido objeto del principio de contradicción, garantía esta sin la cual no existe el debido proceso. Pero en el caso que hoy decide la Sala la prueba fue ampliamente conocida por el señor Grajales Ramírez, quien la aceptó y, además, confesó ser cierto su contenido, pues no otra cosa se desprende del contenido de la contestación de la demanda traída al proceso por su representante legal.

Sobre esta materia dijo esta Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia fechada el 5 de septiembre de 1990, en el expediente radicado bajo el No. 421, lo siguiente:

> "En este punto la Sala estima necesario, y conveniente, aclarar que para los efectos de la suspensión provisional, únicamente pueden ser tenidas en cuenta las pruebas aducidas, bien con la demanda de nulidad que origina el proceso, bien con la solicitud de suspensión que por escrito separado puede presentarse antes del auto admisorio de la demanda (art. 152 del C.C.A.). Igualmente aclara la Sala que en este momento procesal, al juez que conoce del recurso de apelación del auto que suspende, le esta vedado, le está vedado incorporar, de oficio, pruebas, por lo que resulta imprescindible que la confrontación se haga, en cumplimiento del citado numeral 2 del artículo 152 del C.C.A., exclusivamente con las pruebas aportadas por el demandante en la oportunidad y forma atras anotadas. No puede el juez, al resolver sobre la petición de suspensión, ni al decidir el recurso que contra esa resolución se interpone, tener en cuenta prueva distinta a la documental y siempre y cuando ésta tenga el carácter de "documentos públicos" (art. 152,2 del C.C.A.); así, que no se suponga por quienes desconocen la ritualidad del proceso administrativo de nulidad, que el conocimiento público que pueda tenerse de los hechos en un momento dado, lo que los tratadistas en materia probatoria denomina "hecho notorio", pueda ser tenido en cuenta para decidir. Aquí no se trata de fallar en conocimiento sino en derecho. (...) Las normas de procedimiento no admiten variaciones acomodaticias para complacer al juez, ni a las partes, ni a la opinión pública, y a la garantía del debido proceso que genéricamente consagra la Constitución Política de la República de Colombia, en su artículo 26, tiene su desarrollo precisamente en la ley procedimental, en este caso concreto en el artículo 152,2 del C.C.A., que prescribe que para decidir sobre la petición de suspensión provisional, la infracción manifiesta de la norma superior se comprobará "...por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud", no con otra clase de medios de prueba como erradamente pudieran suponerse. Lo contario traería como consecuencia el desconocimiento de la mentada garantía, porque no puede pasarse por alto que la medida de la suspensión provisional tiene lugar en un momento del proceso en el que aún la prueba no ha sido objeto de controversia, conforme al principio de contradicción, base del derecho de defensa, hecho que coloca

en desventaja a quienes es sujeto pasivo de las consecuencias de la medida cautelar. Es que ésta debe ser decretada en el mismo auto que admite la demanda, valga decir, antes del que el Ministerio Público y la parte afectada con la medida de suspensión hayan tenido la oportunidad de conocer la prueba acompañada a la demanda".

Por lo que hace el motivo de inconformidad que llevó al apoderado del demandante a impunar la providencia, consistente en que el Tribunal Administrativo del Cauca negó se llevará a cabo nuevo escrutinio como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección del señor José Norbey Grajales Ramírez como Alcalde de Miranda, la Sala encuentra ajustada a derecho a decisión adoptada por el *a-quo*, y apropiados los argumentos que éste tuvo en cuenta para tomar su decisión.

Ciertamente, el Acto Legislativo No. 1 de 1986, reformatorio de la Constitución Política, consagró la elección popular de alcaldes y defirió en la ley la determinación de "...las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Alcaldes, fecha de posesión faltas absolutas o temporales y forma de llenarlas...", y para dictar las demás disposiciones necesarias para su elección y el normal desempeño de sus cargos. Y atendiendo el mandato constitucional el Congreso de la República expidió la Ley 78 de 1986 "Por la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legistativo No. 1 de 1986...", en cuyo artículo 13 enumeró las faltas absolutas del Alcalde, entre ellas "...la declaratoria de nulidad de su elección...". En su artículo 20 dispuso que cuando se produjere falta absoluta antes de transcurrido un año del período del Alcalde, el Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, según el caso, "...en el Decreto de encargo señalará la fecha para la elección de nuevo alcalde...". Este artículo fue adicionado por el 8° de la Ley 49 de 1987, en el sentido de que las elecciones a que se refiere se llevarán a cabo teniendo en cuenta el mismo censo electoral que se utilizó para la elección del alcalde que se remplaza. Del texto del artículo 19 de la misma Ley 78 de 1986 surge que si la falta absoluta ocurra luego de transcurrido un año del período del alcalde, la vacante será provista por los citados funcionarios designando alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular.

Evidentemente, la forma prevista en los mencionados artículos de la Ley 78 para llenar las vacantes absolutas se refiere a cuando tales vacantes tienen su origen en la declaratoria de nulidad de la elección del alcalde que no podía ser elegido por estar inhabilitado por uno cualquiera de los motivos descritos en los artículos 5° de la misma Ley y 6° de la Ley 49 de 1987. A nadie escapa que la definición de la legalidad de las elecciones de alcaldes impugnada por inhabilidad o incompatibilidad del candidato elegido compete decidirla a la jurisdicción Contenciosa Administrativa, dado que el acto de declaratoria de elección, que es un acto administrativo electoral, está amparado por la presunción de legalidad una vez agotado el procedimiento propiamente electoral. No se entendería cómo al momento de la votación y de los escrutinios los jurados de votación y las comisiones escrutadoras, respectivamente, estarían capacitados para comprobar los motivos de inhabilidad y de incompatibilidad, pues, al fin y al cabo, durante la

votación lo que interesa es que el candidato aparezca en la lista correspondiente, lo que permite presumir su inscripción anticipada conforme a la ley (art. 88 de Código Electoral, art. 4° de la Ley 62 de 1988), es decir, luego de prestar el juramento de no estar incurso en ninguna de tales causales. No se entendería muy bien la función de los jurados de votación y de los escrutadores decidiendo si los documentos aportados para demostrar inhabilidades, como por ejemplo las copias de sentencias penales, como en este proceso, tienen o no el valor probatorio suficiente, o si la institución a la cual se afirma estaba vinculado como empleado oficial un candidato, es realmente de carácter oficial, o si la prueba es suficiente para demostrar la interdicción judicial, o la existencia y validez de un contrato. Ciertamente, la atribución que da el Código Electoral a los escrutadores para decidir cuestiones de hecho y de derecho se refiere exclusivamente a la decisión de aquellos conflictos que dan origen a reclamaciones por hechos surgidos del proceso electoral mismo, desde cuando se inicia la votación hasta cuando se producen las decisiones finales administrativas en materia electoral, que dan origen a reclamación. Por manera que no es posible entender, como lo pretende el recurrente, que la votación por un candidato inhabilitado implica el desconocimiento del cuociente electoral de que trata el artículo 172 de la Constitución Nacional en el caso de la elección de Alcaldes. Así que la consecuencia de la anulación de elecciones de alcalde por razón de las inhabilidades legales no puede desembocar en la causal de nulidad del numeral 4 del artículo 223 del C.C.A. (art. 65 de la Ley 96 de 1985 y artículo 17 de la Ley 62 de 1988).

De todo lo anterior es forzoso concluir que a los funcionarios a quienes corresponden decidir sobre la legalidad de la elección de alcaldes cuando es impugnada en ejercicio del al acción pública electoral, no les queda alternativa distinta a la de aplicar la Ley 78 de 1986, con toda sus consecuencias, mientras esta norma esté vigente y hasta la fecha no se tiene conocimiento de que hubiese sido derogada o anulada o declarada inexequible. Si de acuerdo con esta ley las faltas absolutas de alcalde se producen por "...la declaratoria de nulidad de su elección...", según texto del artículo 13 de esa ley, la provisión del cargo para llenar la vacancia debe hacerse no mediante nuevo escrutinio ordenado por la Autoridad Jurisdiccional que hizo la declaratoria de nulidad, sino conforme a lo preceptuado en el artículo 20 *ibídem*.

Esto ya lo ha dicho esta Sala en oportunidades anteriores y lo ratifica en esta oportunidad porque no encuentra argumentos de hecho y de derecho que le permitan pensar de manera distinta.

Por todo lo anterior y de acuerdo con el concepto del Colaborador Fiscal, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Confírmase en toda sus partes la sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, el 4 de octubre 1990, declaró nula la elección de José Norbey Grajales Ramírez como alcalde Municipal de Miranda, Cauca, y negó la ordenación de nuevo escrutinio para reemplazarlo.

2o. En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sus sesiones de los días veintitrés (23) y veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTA DE ESCRUTINIO/ ESCRUTINIO/ REGISTRO ELECTORAL

No se evidencia en el expediente que se hayan escrutado mesas sin listas de sufragantes y sin registro de votantes. No en todos los casos indicados por el demandante se dieron las irregularidades que él apunta como factores constitutivos de inexistencia de los registros electorales, y en los que se dieron, fue por haber incumplido, en parte mandatos electorales señalados como sostén legal del cargo. Sin embargo, este defecto fue subsanado por las comisiones escrutadoras al proceder a realizarlo voto por voto. La conducta omisiva de los jurados de votación no fue intencionada, pues hubo fallas en el fluido eléctrico que afectó a varios municipios, lo que impidió a algunos jurados llevar a cabo el conteo de los votos.

DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio

El peritazgo fue rendido extemporáneamente lo que impide cumplir con los preceptos que garantizan el cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción, sin los cuales la prueba pericial carece de eficacia. De haberse ordenado el traslado a las partes del dictamen pericial, en estas condiciones, para darle oportunidad a éstas de hacer peticiones en orden a salvar posibles deficiencias, hubiera sido necesario retrotraer el procedimiento para revivir etapas procesales ya cumplidas, lo cual jurídicamente no es posible.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta,- Bogotá, D.E., treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Camacho Pardo.*

Referencia: Expediente No. 0363. Unica Instancia. Actor: Eduardo Alfonso Crissien Samper.

El señor Eduardo Alfonso Crissien Samper, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción electoral, presentó demanda ante esta Sala del Consejo de Estado, para que se decrete la nulidad del acto originario de la Registraduría Nacional del Estado Civil, proferido por la Delegación del Departamento del Atlántico de dicho organismo, por medio del cual se hizo el escrutinio general de votos y la declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por dicha circunscripción electoral, para el período constitucional de 1990 a 1994.

Como consecuencia de la petición anterior, pide también el libelista, la declaración de nulidad de las resoluciones proferidas por la misma delegación electoral o por las comisiones escrutadoras municipales, durante el proceso de escrutinios, en el entendimiento de que dichos actos fueron proferidos "en contradicción del sistema electoral establecido en la Constitución y en la Ley".

En esta misma parte petitoria del escrito demandatorio se solicita igualmente, como consecuencia de los pronunciamientos pedidos y con base en los registros electorales que no resulten invalidados, que se produzca por esta Sala, "un nuevo escrutinio de Representantes a la Cámara", por la circunscripción electoral del Atlántico y para el período antes mencionado, "previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren y con exclusión de los registros que conforme a la ley no deban ser computados".

Todo lo anterior estaría orientado, según la demanda, a obtener, con base en los nuevos escrutinios, "una nueva declaración de elección", con la consiguiente orden de expedir las nuevas credenciales a los Representantes que se consideren legalmente elegidos, librando los oficios del caso a las autoridades administrativas y jurisdiccionales que deban conocer esta decisión.

En esta misma parte del libelo demandatorio, se precisan así las actas de escrutinio de los jurados de votación que el demandante considera afectados de nulidad:

a) Las que corresponden a 59 mesas de votación del municipio de Soledad, cuya ubicación de mesas y números de las mismas aparecen relacionadas así:

"Del Municipio de Soledad:

a) Mesas de Votación Números: 13 - 16 - 17 - 19 - 21 - 22 - 23 - 24 - 26 - 28 - 33 - 34 - 36 - 39 - 45 - 47 - 49 - 50 - 51 - 52 - 56 - 59 - 60 - 63 - 65 - 74 - 75 - 76 - 77 - 78 - 79 - 80 - 81 - 82 - 83 - 85 - 86 - 97 de la Zona No. 01 Puesto No. 01 (Plaza de Soledad).

b) Mesas de Votación Números: 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 8 - 9 - 10 - 11 - 13 - 14 - 15 - 16- 18 - 19 - 22 - 23 - 24 - 25 - 26 de la Zona No. 2 del Puesto No. 3 (Soledad 2.000)". (folio 34).

b) Las que comprometen 84 mesas de votación, 79 ubicadas en la cabecera municipal de Malambo, numeradas de 1 a 79, más 5 mesas están numeradas de 1 a 5 y situadas en el corregimiento de Caracolí. Estas mesas están relacionadas en la demanda en la forma que sigue:

"*Del Municipio de Malambo (Cabecera Municipal) y su Corregimiento Caracolí:*

a) Mesas de Votación número de 1 a la 79 del municipio de Malambo (Cabecera Municipal).

b) Mesas de Votación números de la 1 a la 5 del Corregimiento de Caracolí." (folio 34).

c) En el municipio de Barranquilla, las actas de escrutinio de 32 mesas de votación enumeradas en el orden que aparece en la demanda y situadas en la zona que se precisan en dicho escrito. Estas mesas son las siguientes:

"*Del Municipio de Barranquilla*:

a) Mesas de Votación Números: 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 -8 - 9 - 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24 - 25 - 26 - 27 - 28 y 29 del puesto 02 (Cementerio Calancala de la Zona Electoral 01.)

b) Mesas de Votación Número 1 - 9 y 17 del Puesto 01 de la Zona Electoral No. 18." (folio 34).

d) En la cabecera municipal de Sabana Larga, las actas relacionadas con las 7 mesas siguientes:

"*Del Municipio de Sabanalarga (Cabecera Municipal)*

a) Mesas de Votación múmeros 30 - 39 - 60 - 72 - 8 - 7 - 33. (folio 34).

e) En el municipio de Santo Tomás, las actas correspondientes a 11 mesas, relacionadas en la demanda así:

"*Del Municipio de Santo Tomás (Cabecera Municipal):*

Mesas de Votación Números 1 - 17 - 6 - 44 - 27 - 39 - 28 -26 - 18 - 17 - 24." (folio 35).

f) En el municipio de Santa Lucia las actas referentes a 17 mesas situadas en la cabecera municipal y dos mesas del Corregimiento de Algodonal. Estas mesas aparecen relacionadas así:

"*Del Municipio de Santa Lucia (Cabecera Municipal) y su corregimiento Algodonal:*

Mesas de Votación números 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 8 - 9 - 10 -11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 y 17 de Santa Lucia (Cabecera municipal) y mesas de votación números 1 y 2 del corregimiento de Algodonal." (folio 35).

g) Las actas de escrutinio referentes a 60 mesas situadas en la cabecera municipal de Baranoa, más 4 mesas localizadas en el Corregimiento de Campeche. Las anteriores mesas la demanda las relaciona así:

"Del Municipio de Baranoa (Cabecera Municipal) y sus corregimientos de Campeche y Sibarco:

Mesas de Votación Números : 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21- 22 -23 - 24 - 25 - 26 - 27 - 28 - 29 - 30 - 31 - 32 - 33 - 34 - 35 - 36 - 37 - 38 - 39 - 40 - 41 - 42 - 43 - 44 - 45 - 46 - 47 - 48 - 49 -50 - 51 - 52 - 53 - 54 - 55 - 56 - 57 - 58 - 59 y 60 del municipio de Baranoa (Cabecera Municipal)." (folio 35).

h) 4 mesas situadas en la cabecera municipal de Palmar de Varela, que se relacionan en la demanda con los números que siguen:

"Del Municipio de Palmar de Varela: (Cabecera Municipal)

Mesas de Votación Números 21 - 16 - 6 y 7." (folio 35).

Finalmente, la demanda, en el punto cuarto de las peticiones, solicita que se declare la nulidad, respecto de las actas de escrutinio de las comisiones escrutadoras municipales de Palmar de Varela, Soledad y Santa Lucia.

LOS HECHOS

Para fundamentar la acción electoral, el libelista, en síntesis, concreta los siguientes hechos:

1. Que los escrutinios generales de las elecciones para Corporaciones Públicas celebradas en todo el territorio Nacional el día 11 de marzo último fueron hechos en el Departamento del Atlántico por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral y que, por Resolución de fecha 10 de abril del año pasado, dichos funcionarios procedieron, según consta en el acta general de escrutinios, a elegir a los Representantes a la Cámara por esa circunscripción electoral, habiendo ordenado que se procediera a expedir las correspondientes credenciales.

2. Que, "Tanto los cómputos de votos, los registros electorales y el acto mismo acusado, a los que se refiere el ordinal anterior, adolecen de graves y ostensibles violaciones del sistema electoral adoptados en las leyes de la República, ya que durante los escrutinios se computaron pliegos inexistentes y viciados de nulidad contra expresas prescripciones legales, se incurrió en errores aritméticos que deben ser rectificados y se dejaron de practicar "recuentos" de papeletas

que legalmente eran obligatorias para establecer la verdad de los resultados electorales,..."(folios 37).

El anterior cuestionamiento del proceso eleccionario que dio origen a la formación de este proceso, lo hace derivar el demandante de los siguientes cargos básicos que plantea en el escrito demandatorio y que esta Sala resume así:

Primer Cargo: La inexistencia objetiva y no jurídica de las actas de escrutinio de los jurados de votación, fenómeno este que se advierte por la comprobada existencia de todas las irregularidades que enseguida se precisan, o por la presencia de una o más de las mismas causas, a saber:

a) Los jurados de votación no realizaron los escrutinios en las mesas cuyos números y ubicación han quedado relacionados.

b) Los jurados de votación no dejaron constancia en las respectivas actas, de los votos obtenidos por cada candidato a las diferentes Corporaciones.

c) Carencia de lista parcial de sufragantes y ausencia del registro general de votantes.

Segundo Cargo: Las actas de escrutinio no corresponden a las que supuestamente elaboraron los jurados de votación en sus respectivas mesas y, además, presentan alteraciones en lo escrito, por lo que se incurrió en las causales de nulidad 2a. y 3a. del artículo 223 del C.C.A.

Tercer Cargo: Lo hace consistir en que las inscripciones se realizaron sin la presencia física de los ciudadanos; con huellas digitales falsas o apócrifas, o sin que ellas se estamparan en los registros correspondientes, lo que convierte en falsas o apócrifas las listas de sufragantes y los registros de votantes y; por ende, vulnerados los censos electorales respectivos, pues votaron personas que habían sido excluidas de éstos; circunstancias estas que dieron origen a que se presentaran casos de doble o múltiple votación por un mismo sufragante, ya porque lo hizo en una misma mesa o en mesas distintas de un mismo o diferente municipio dentro del departamento del Atlántico.

Cuarto Cargo: Lo dirige contra el acta de la comisión escrutadora municipal de Palmar de Varela:

1. Afirma que es inexistente por cuanto se dan en ella los aspectos a) y b) del Primer Cargo, y, además, porque se dieron irregularidades como:

a) No se dio "lectura al Registro de Introducción de los pliegos electorales al Arca Triclave (Formulario E 22)";

b) no se puso "en conocimiento de los Testigos Electorales, los apoderados y los Candidatos, los datos de votación consignada en el Acta de Escrutinio (Formulario E-17)";

c) no se dejó constancia de "si los pliegos presentan tachaduras, enmendaduras o borrones", y

d) no se dejó constancia de si los "pliegos" están firmados por menos de tres miembros del jurado.

Quinto Cargo: Aunque en la demanda, con el título de "quinto caso en procura de nulidad", hace parecido cuestionamiento al que constituye el cargo tercero, es lo cierto que en este punto del escrito demandatorio, se dice que "son falsos o apócrifos los registros o listas o actas de sufragantes o de votantes" correspondientes a 79 mesas de votación situadas en la cabecera municipal de Malambo y a 5 mesas de votación ubicadas en el Corregimiento de Caracolí del mismo municipio. Unas y otras mesas se encuentran relacionadas en la demanda, al folio 45.

Los anteriores cargos que la Sala ha dejado resumidos antes, se refieren, en síntesis, a los cómputos de votos y a los registros electorales que considera el libelista que adolecen de ostensibles y graves violaciones al sistema electoral vigente, según los siguientes planteamientos hechos en la demanda:

1. En cuanto a las mesas de votación relacionadas en la página segunda literal a) de esta providencia (59 en total), correspondientes al municipio de Soledad, alega el libelista que "el acta de escrutinio de los jurados de votación no tenía los resultados del cómputo de votos realizado por los jurados de votación ni la constancia de los votos obtenidos por cada lista o candidato..." por lo que considera que "la comisión escrutadora auxiliar o municipal del municipio de Soledad, procedió de manera irregular o ilegal a hacer los escrutinios de estas mesas, contando voto por voto..." (folio 38).

De lo anterior deduce el demandante la existencia de la nulidad del escrutinio general, derivada de "la inexistencia de escrutinio en las actas de los jurados..." (folio 38).

2. En cuanto al municipio de Barranquilla, según la demanda, el fundamento fáctico lo hace consistir en que, las "mesas de votación 1, 9 y 17 del puesto 01 de la zona 18..." carecían de acta de escrutinio por cuanto los jurados de votación no realizaron el escrutinio, ni dejaron constancia en el acta de los votos obtenidos por cada candidato. Igualmente carecían de lista de sufragantes".

De otra parte, en relación con 18 mesas de votación, puesto número 02, zona electoral 01 de la misma ciudad, el demandante sostiene "que los registros de votantes, se llevaron a cabo sin la presencia física de las personas que debían sufragar en las mesas de votación" y que en dichas mesas votaron ciudadanos "cuyas cédulas habían sido excluidas de los censos electorales de este puesto y de las listas de sufragantes por estar inscritos en otros puestos de este mismo municipio y en otros municipios del Departamento del Atlántico". (páginas 39 y 43).

3. Sobre el problema del municipio de Sabanalarga, la cuestión básica planteada en la demanda consiste en que, "en la cabecera de este municipio se computaron registros electorales de mesas de votación que carecieron de listas de sufragantes, registros generales de votantes y sin que los jurados de votación hubieran llevado a cabo los escrutinios por parte de éstos, ya que no dejaron constancia en el acta respectiva de los votos obtenidos por cada lista o candidatos a las diferentes Corporaciones Públicas, lo cual hace inexistente dicha acta...".

Sostiene así mismo el libelista que la mesa número 30 fue "escrutada y computada sin lista parcial de sufragantes y sin registro general de votantes "; dice que las mesas 39 y 60 fueron escrutadas en la misma forma que la anterior, en tanto que en la mesa número 72, se observa que fue escrutada "sin que se hubiera llevado a cabo el escrutinio de los jurados de votación..." además, que esta mesa carecía de registro general de votantes y que fue escrutada sin que los jurados de votación hubieran efectuado el escrutinio, en tanto que de la mesa múmero 33 se afirma que carecía de registro general de votantes.

4. Según el escrito demandatorio en la cabecera municipal de Santo Tomás "se escrutaron y computaron pliegos electorales inexistentes y con falta de elementos esenciales pera el escrutinio", lo cual se observa en las mesas de votación números 1, 6, 17 y 24.

Respecto de este municipio, agrega el demandante en los folios 44 y 45 del escrito demandatorio, que en las mesas antes relacionadas "se presentaron los mismos hechos fraudulentos que en los municipios de Baranoa y Barranquilla, como son los casos de registros de inscripción fraudulenta de cédulas excluidas de los censos electorales cuyos titulares aparecen sufragando en estas mesas de votación (se refiere a las números 44, 27, 39, 28, 26 y 18) lo mismo que se presentaron casos de doble o múltiple votación...".

5. En cuanto a las mesas relacionadas en la demanda del municipio de Santa Lucia y de su corregimiento Algodonal, sostiene que las numeradas del número 1 al 17 de la cabecera municipal y 1 y 2 de su corregimiento fueron escrutadas sin que los jurados de votación hubieran llevado a cabo "el escrutinio de su respectiva mesa y los resultados que en ellos aparecen no corresponden a los votos válidos depositados en éstas..." (folio 41).

6. El escrito demandatorio sostiene, en cuanto al municipio de Baranoa y sus corregimientos de Campeche y Sibarco, que los registros de inscripción de votantes, "se llevaron a efecto sin la presencia física de las personas que debían presentarse para poder sufragar", por lo que, estima el demandante que en las 60 mesas que relaciona con los números de 1 a 60 y en cuatro mesas del corregimiento de Campeche correspondientes a los números 3, 4, 5 y 6 y una mesa en el corregimiento de Sibarco, distinguida con el número 1, tanto las actas como los registros electorales, "son falsos o apócrifos..." (folio 42).

7. En relación con el "quinto caso en procura de nulidad" como se le califica en la demanda, se hace en este escrito parecido cuestionamiento al que quedó hecho en el cargo tercero en cuanto que se sostiene "que los registros de inscripción de votantes del municipio de Malambo, se llevaron a cabo sin la presencia física de las personas que debían presentarse para poder sufragar en las mesas de votación correspondientes a la cabecera municipal y al corregimiento de Caracolí".

En el anterior orden de ideas estima el libelista que "son falsos o apócrifos los registros o listas o actas de sufragantes o de votantes" de 79 mesas situadas en la cabecera municipal y numeradas en el orden que aparece al folio 45, lo mismo que cinco mesas numeradas del número 1 al número 5 del corregimiento de Caracolí.

Ahora bien, de los cargos descritos anteriormente por el demandante, éste deduce elementos de falsedad o apocrifidad que los traduce en la violación del numeral 2° del artículo 223 del C.C.A. en la mayor parte de los casos y del numeral 3° de esta misma norma, en unos pocos casos, en los cuales pretende fundamentar su petición precisada al comienzo de esta providencia.

Y, al expresar en su concepto de violación, que no obstante que el "acta de escrutinio de los jurados de votación de las mesas impugnadas no tenían los resultados del cómputo de votos realizado por los jurados de votación, ni la constancia de los votos obtenidos por cada lista o candidato, las comisiones escrutadoras municipales o auxiliares procedieron de manera irregular a rehacer los escrutinios de estas mesas, contando voto por voto. La inexistencia de escrutinios de los jurados de votación el día de las elecciones en su respectiva mesa conlleva un elemento falso al debate electoral y a los pliegos, apocrifidad que desvirtúa el valor jurídico de los registros. En este caso si bien no hay alteración de documentos electorales, hay algo más grave aún que es la inexistencia de un acto o elemento esencial". "De pronto podríamos estar frente a una falsedad intelectual por parte de la comisión escrutadora auxiliar y municipal por tratarse de rehacer documentos oficiales que no existieron". (folio 47).

En respaldo al anterior criterio, transcribe el libelista apartes de una jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de fecha 6 de mayo de 1959, cuya ponencia correspondió al doctor Carlos Gustavo Arrieta, sobre "la noción de falsedad intelectual que sanciona la ley con pena de nulidad", lo mismo que de otra sentencia del Consejo de Estado, de fecha 26 de febrero de 1987, de la cual fue ponente el doctor Gaspar Caballero Sierra y se refiere al hecho de no existir "acta ninguna por no haberse llevado a término el escrutinio de las mesas".

De los anteriores fallos aplicados al caso en examen, se dirá lo que sea conducente en la parte considerativa de esta sentencia.

NORMAS VIOLADAS

Cita como normas violadas el artículo 227 del C.C.A., las ya referidas causales 2a. y 3a. del artículo 223 del mismo Código y los artículos 1, 2, 12, 14, 142, 144, 160, 163, 167, 168, 172, 180, 182, 187, 188, 192 numerales 4, 11, 134, 135 y 136 del Código Electoral.

LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

Como atrás se dijo, el demandante es el señor Alfonso Crissien Samper, quien actúa a través de apoderado.

Como parte coadyuvante interviene el señor Angel María Carrillo Salgado, quien lo hace por medio de apoderado.

El abogado Carlos Antonio Espinosa Pérez actúa en nombre propio como impugnante y, a la vez, como apoderado del demandado David Tcherassi Guzmán, ciudadano elegido Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Atlántico para el período 1990-1994.

El coadyuvante al prohijar la demanda la reproduce casi textualmente.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

En ella se opone a que se hagan las declaraciones pedidas por el actor. En cuanto a los hechos, acepta como ciertos el primero y el segundo, pero califica de falso el tercero, respecto del cual puntualiza las razones de su rechazo que luego amplía cuando se refiere a cada uno de los cargos formulados, insertos en este último hecho y al controvertir el concepto de la violación.

En un capítulo que denomina "ASPECTOS GENERICOS DE LA DEMANDA", califica a ésta de "INEPTA", exponiendo las razones que tiene para ello y solicitando que, en dicha virtud, la Sala se abstenga de hacer pronunciamiento de fondo porque lo procedente es que dicte sentencia inhibitoria.

Vencido el período probatorio, las partes concurrieron dentro del término del traslado correspondiente con sus alegatos de conclusión.

Cabe observar que algunas de las pruebas decretadas -documentales- fueron allegadas al proceso, al igual que memoriales del actor y del coadyuvante pidiendo su consideración, extemporáneamente: cuando el negocio ya se encontraba en Fiscalía para concepto de fondo, o el mismo había entrado al Despacho del suscrito Consejero ponente para proferir sentencia.

LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

Como atrás quedó dicho, el actor y el coadyuvante estructuran su ataque fundamentalmente sobre la base de que las elecciones del 11 de marzo de 1990 en las mesas y actas impugnadas fueron caracterizadas por el fraude y la conducción irregular del proceso eleccionario en que algunas veces se pretermitieron formalidades legales y en otras se actuó quebrantando intencionalmente las reglas en orden a obtener perjuicio de algún o algunos candidatos y en beneficio de quienes propiciaban la irregularidad o el fraude.

Toda esa alegación se orienta a apoyar las pretensiones de la demanda, afincándose en las pruebas recogidas en el expediente y en insistente interpretación de las disposiciones electorales, para pretender demostrar y convencer que los vicios denunciados encajan en las hipótesis contempladas en el numeral 2° del artículo 223 del C.C.A., en razón, dicen, de que son falsos o apócrifos los registros electorales o los elementos que sirvieron para su formación, lo que conlleva la anulación de los mismos.

De otro lado, el doctor David Tcherassi Guzmán -uno de los candidatos que resultó electo a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico- se hizo parte como demandado y ha actuado a través de apoderado contestando la demanda y alegando de conclusión. En esta etapa última amplía sus criterios expuestos en la contestación de la demanda, desarrollándolos en tres capítulos: "I. ASPECTOS GENERICOS DE LA DEMANDA; II. ANALISIS DE LOS CARGOS PLANTEADOS POR EL ACTOR FRENTE A LAS PRUEBAS Y III. ESTUDIO DE LOS PUNTOS ESENCIALES DEL DEBATE", los que corren a folios 618 a 635 del cuaderno No. 1.

En el capítulo I persiste en que hay inepta demanda por cuanto si bien el actor indica adecuadamente cual es el acto demandado, en ninguna parte de su escrito señala la causal de nulidad que en su opinión lo afecta o vicia, limitándose a impugnar actas de escrutinio parcial o de mesa, pero sin señalar el nexo jurídico y material que existe entre éstos y el acto demandado, y omitiendo la expresión concreta del concepto de la violación respecto de éste. Como segundo argumento de esta excepción plantea la falta de requisitos en los documentos aportados al proceso, pues, afirma que la totalidad de las copias que obran en el expediente fueron suscritas únicamente por uno de los Delegados Departamentales del registrador Nacional del Estado Civil para el departamento del Atlántico, contrariando así el artículo 34 del Código Electoral que dispone que los Delegados deberán actuar conjuntamente y tomar sus decisiones de "común acuerdo".

En el análisis de los cargos y en el estudio de los puntos esenciales del debate, rechaza categóricamente los argumentos del actor, controvirtiéndolos mediante el estudio de normas electorales pertinentes y en relación con las pruebas aportadas al proceso, interpretación que realiza a la luz del principio de la Eficacia del Voto.

Finalmente, dice que al momento de cerrarse la etapa probatoria y aún el último día del traslado para alegar de conclusión la Registraduría Nacional no había dado respuesta a la solicitud formulada por el Consejo de Estado para la realización de unos cotejos dectiloscópicos entre las huellas ubicadas en los formularios E-3 y las tarjetas decadactilares, por lo que de ser enviada con posterioridad no podría ser tenida en cuenta para proferir el fallo dado que sería una prueba oculta para las partes, respecto de la cual ellas no habrían podido pronunciarse.

EL CONCEPTO FISCAL

Oportunamente, la señora Fiscal 7° de la Corporación, doctora Miren de la Lombana Magyaroff, rindió concepto de fondo. Refiriéndose a la solicitud del impugnante de un fallo inhibitorio, afirma, después de analizar sus argumentos, que lo procedente es una decisión de mérito, como quiera que no son exactos ni razonables los puntos de vista por él expuestos.

Luego analiza los diversos cargos de la demanda para concluir con la consideración de "que las peticiones de la demanda están llamadas a no prosperar".

CONSIDERACIONES

Antes de avocar el análisis de los cargos planteados en la demanda, la Sala estudiará la excepción de Inepta Demanda propuesta por el demandado.

Contrariamente a lo que afirma el impugnante, el actor sí señala, así sea indirectamente, las causales de nulidad que en su opinión vicial el acto de declaratoria de elección.

En el contexto de la demanda se aprecia sin dubitaciones que son las causales 2a. y 3a. del artículo 223 del C.C.A. las que considera configuradas por los distintos cargos que relaciona; causales que concreta a medida que expone en el concepto de la violación que se lee en el escrito demandatorio.

Resulta pertinente hacer notar que en este proceso se ejerce una acción pública, según la posibilidad abierta para "cualquier persona" por el artículo 227 del C.C.A., que busca ante ésta jurisdicción "la protección del orden jurídico abstracto y la garantía de la pureza del sufragio".

La Sala se ha ocupado en numerosas oportunidades del estudio de este tema, para decir, en síntesis que, "la nulidad electoral es acción eminentemente popular, ejercitable por cualquier ciudadano e, incluso, susceptible de razonable interpretación por el juzgador para encaminarlas por los cauces procesales pertinentes.

Además, siendo indudable que la observancia de las normas procesales es elemento inseparable del principio de legalidad procesal, no se la debe extremar

basta exigir expresiones sacramentales en la demanda, cuando del contexto de sus peticiones y también de la *causa petendi* se infiere, sin lugar a quívocos, el *petitum*..." (expediente No. E-208, sentencia de octubre 13 de 1989, Consejero Ponente: doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ.).

Es por lo anterior que la vista fiscal, para solicitar que se declare no probada la excepción y se produzca, en su lugar, una decisión de mérito, sostiene, en concepto que comparte la Sala que "en la demanda hay efectivamente un concepto de violación con normas concretas que se estiman infringidas y una explicación de la forma en que se produce la infraccion..." (folio 761).

Un segundo argumento con la pretensión de fundamentar su censura a la demanda como inepta, lo hace consistir en que las copias que obran en el proceso fueron suscritas por solo uno de los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil para el Departamento del Atlántico, cuando de conformidad con el artículo 34 del Código Electoral los Delegados deben tomar sus decisiones de común acuerdo.

Amén de que este argumento no se esgrimió en su oportunidad procesal -en la contestación de la demanda o dentro del término de fijación en lista- sino solamente en el alegato de conclusión, la Sala estima que no se aviene con el derecho el extremar el rigor de interpretación de la norma invocada para considerar como una decisión que debe tomarse "de común acuerdo" un simple acto de expedición de copias, lo que equivale a autenticación de las mismas, para lo cual las normas probatorias no imponen esa formalidad extrema.

Apoyada en estas reflexiones, la Sala desestimará la pretensa excepción, como así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

Procede la Sala ahora, a analizar las acusaciones hechas en el escrito demandatorio, que constituyen las situaciones fácticas objeto de prueba, para lo cual seguirá en lo posible la clasificación que de dichos cargos se ha hecho en esta providencia.

Primer Cargo.- Inexistencia jurídica de las actas de escrutinio de los jurados de votación.

Concibe el actor la inexistencia aludida por la circunstancia de que las actas de los jurados de votación de las mesas impugnadas no tenían los resultados del cómputo de votos ni la constancia de los obtenidos por cada lista o candidato. Dice, en esencia, que al omitirse este procedimiento no podían ser tenidos en cuenta en los escrutinios aquellos registros, y que al proceder las Comisiones Escrutadoras Auxiliares y Municipales a efectuar los cómputos de las mesas impugnadas, están configurando con ello una irregularidad, pues la inexistencia de los escrutinios de los jurados de votación conlleva apocrifidad lo cual desvirtúa el valor jurídico de los registros.

Combina igualmente estas circunstancias omitivas con la carencia de listas de sufragantes y registros generales de votantes para deducir inexistencia de las Actas de los Jurados de Votación en algunas mesas de las cabeceras municipales de Sabanalarga y Santo Tomás que, afirma se traduce en un factor de falsedad en los registros.

Cita, en apoyo legal de este cargo, la causal 4a. de reclamación del artículo 192 del Código Electoral, los artículos 134, 135, 136, 142 y 163 ejusdem, que los encuentra entre sí en perfecta armonía y en estrecha relación con la causal invocada como violada, la segunda del artículo 223 del C.C.A., y como respaldo jurisprudencial trae, entre otros apartes, el siguiente de la sentencia que esta Corporación profirió en Sala Plena el 6 de mayo de 1959, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta:

> "La noción de falsedad intelectual que sanciona la ley con la pena de nulidad, se relaciona íntimamente no sólo con el contenido intrínseco del documento en sí mismo considerado, sino que está vinculado a la existencia o inexistencia de tal elemento. Aunque el Acto Jurídico del escrutinio haya sido perfecto en todas sus fases, si no se ha levantado el Acta correspondiente, ni se encuentran los votos y demás elementos de juicio, necesariamente el acto sería inválido (sic) por razón de que no habría base para conocer el resultado".

Y este otro de la sentencia dictada el 26 de febrero de 1987 por la Sala Electoral con ponencia del doctor Gaspar Caballero Sierra:

> "Si la ley sanciona con la nulidad de las Actas el hecho de que los cuatro ejemplares se encuentran firmados por menos de tres Jurados, con mayor razón debe haber nulidad cuando no exista Acta ninguna por haberse llevado a término el escrutinio de las mesas. La Comisión Escrutadora carecerá en ese caso de elementos de juicio suficientes para escrutar...".

La Sala al examinar los documentos electorales encontró lo siguiente :

En las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación de las mesas impugnadas correspondientes al Puesto 01 de la Zona 01 y Puesto 03 de la Zona 02 del municipio de Soledad, no aparece la contabilización de los votos y, por ende, tampoco se señaló los obtenidos por cada lista o candidato, como se aprecia en los cuadernos Nos. 20 y 17 donde aparecen las fotocopias autenticadas de las mismas, como lo afirma el actor. Estas omisiones se pueden predicar básicamente respecto de Cámara de Representantes, que no de todas las Corporaciones, pues en algunas de éstas aparecen conteos fragmentarios; todas sí suscritas por los jurados de votación.

A pesar de la defectuosa y ambigua redacción de las Actas de Escrutinio Auxiliares correspondientes a las mesas glosadas en el párrafo inmediatamente anterior, en términos muy generales puede afirmarse que las respectivas Comi-

siones Escrutadoras ante la ausencia de contabilización de votos, total en unos casos y parcial en otros, procedió a hacer el conteo voto por voto y las respectivas totalizaciones. (cuadernos Nos. 4 y 5).

En cuanto a las mesas impugnadas en la ciudad de Barranquilla se observa en las mesas 1 a 19 del puesto 01, zona 01, el Acta de la Comisión Escrutadora Auxiliar revela que estas sí fueron inicialmente escrutadas, por lo que en este caso no hubo conteo de voto por voto como lo asevera el demandante (folio 443 y subsiguientes del cuaderno No.18).

Respecto de las mesas objeto de ataque en el puesto 1 de la zona 18 de este municipio se constata: en la No. 1 la Comisión Escrutadora expresa que hace recuento oficioso de votos por estar el acta firmada por menos de 3 jurados. Manifiesta que en la mesa 17 que se procede al escrutinio voto por voto por observar en el acta de jurados que no aparece diligenciada totalmente la votación para Cámara de Representantes, cuyos candidatos aparecen sin voto. Y respecto de la mesa 9 en el Acta de la Comisión la única constancia es la de que "no apareció la lista de sufragantes". A continuación aparece el escrutinio de esta Comisión con relación a las Corporaciones (folios 65, 81 y 73, respectivamente, del cuaderno No.18), por lo que aquí tampoco resulta tan exacta la acusación del actor.

Del acta de escrutinio municipal de Sabanalarga no se desprende que el Jurado de Votación no haya hecho la contabilización de votos en las mesas acusadas de haberse omitido este cómputo, por lo que no se puede aceptar la genérica impugnación que el actor hace en su libelo. La constancia que la Comisión deja en el Acta en cada una de las mesas, con excepción de la No. 7, es la de que no se totalizó en el formulario E-15 -Registro de Votantes - (cuaderno No. 3).

Antes bien, lo que se evidencia y contrasta con la afirmación del actor es la existencia de las actas de escrutinio de los jurados de votación que militan a folios 141 a 170 del cuaderno número 13.

En los cuadernos 23 y 3 aparecen los formularios E-17 -Actas de Instalación y Escrutinio de los Jurados de Votación- y el Acta General de Escrutinio de las mesas 1, 6, 17 y 24 de la cabecera municipal de Santo Tomás, actas estas a las que el demandante les endilga inexistencia por los motivos atrás consignados. Empero, lo que la Sala constata en los Formularios E-17 de las citadas mesas, con relación a Cámara de Representantes, cuya elección de sus miembros por la Circunscripción del Atlántico es la demandada en nulidad, es la contabilización de sus votos y no la falta de la misma. Solo con referencia a la mesa 24 se observa que no indicaron el total de los votos (Formulario E-17 a folios 300 a 323 del cuaderno No. 23; Acta General de Escrutinio en el cuaderno No. 3).

No se evidencia en el expediente que se hayan escrutado mesas sin listas de sufragantes y sin registro de votantes. Tal carencia no aparece probada. Contrariamente, en diversas actas de escrutinio de las hasta ahora citadas y en otras que más adelante se señalarán, se alude con frecuencia a los Registros de Votantes

pero como documentos con existencia. Aún más, a folios 44 a 75 del cuaderno No. 19 aparecen en fotocopia autenticada los Registros de Votantes y la lista de Sufragantes del municipio de Sabanalarga, y en el cuaderno No.23 los registros de votantes de las mesas 6, 1, 24 y 17 de Santo Tomás, impugnadas en este cargo.

Se colige de lo hasta ahora expuesto que no en todos los casos indicados por el demandante se dieron las irregularidades que él apunta como factores constitutivos de inexistencia de los Registros Electorales, Y en los que se dieron, fue por haber incumplido, en parte, mandatos electorales que el actor ha señalado como sostén legal del cargo. Sin embargo, este defecto o vacío fue subsanado por las Comisiones escrutadoras de las que ya se ha hecho mención al proceder a realizarlo voto por voto, pues disponía, entre otros elementos que contenía el Arca Triclave, de los más importantes e imprescindibles en circunstancias como las planteadas en el cargo que se examina, las papeletas de votación, los votos, en las respectivas urnas, apelando así a la fuente misma del sufragio.

Además, existen elementos de convicción que permiten concluir que la conducta omisiva de los jurados de votación no fue intencionada. Dan cuenta las probanzas que hubo fallas en el fluido eléctrico que afectó a varios municipios del departamento del Atlántico lo que impidió a algunos jurados de votación llevar a cabo el conteo de los votos. Inclusive, el daño se prolongó por espacio de varios días como se deduce fácilmente del contenido de las actas de las comisiones escrutadoras donde aparecen constancias sobre la suspensión del escrutinio por las fallas aludidas.

Al folio 3 del cuaderno 3 aparece una constancia del Personero Municipal de Soledad, suscrita el 5 de junio de 1990, en original, en la que expresa "que el día once (11) de marzo de mil novecientos noventa (1990), fecha en la que se llevó a cabo las elecciones de corporaciones públicas, se presentaron fallas en el fluído eléctrico, durante toda la tarde y parte de la noche, teniéndose que suspender el conteo normal de los escrutinios, depositándose las urnas en las (sic) arca triclave por ordenes (sic) del registrador.".

En el Acta General de Escrutinio de Soledad que milita en el cuadermo No.10, aparece a folios 11 y 12 constancia dejada por ésta que reza textualmente: "se hace un receso con el fin de esperar si vuelve el fluido eléctrico tanto como los testigos y candidatos que encuentran aquí presente solicitan que se suspenda el conteo de votos por votos hasta las 9:00 a.m.; por la comisión se accede a tal petición procediendo a dejar por terminada el escrito, siendo las 6:20 de la noche del día 13 de marzo de 1990". Constancia similar obra al folio 16 del mismo cuaderno, suscrita el 14 de marzo.

En la zona 01, Puesto 01, los jurados de votación de la mesa No. 80 dejaron la siguiente constancia, que fue transcrita en el acta de escrutinio municipal (folios 67 y 68 del cuaderno No. 4): "...no se contó por falta de fluído eléctrico, esto no garantiza un correcto conteo..." y a continuación agregan los miembros de la Comisión "...Está firmada por todos los Jurados en todas sus partes,...".

En el cuaderno No. 5, folios 7 y 26 aparece el acta de escrutinio zonal de la zona 02, puesto 03 donde se constata que el escrutinio debió suspenderse los días 13 y 14 de marzo a las 6:30 p.m. por falta de fluído eléctrico originado en el racionamiento que afectaba el sector.

En el acta de escrutinio zonal No. 18 de Barranquilla aparecen constancias de similar contenido, es decir, que fue suspendido el escrutinio por falta de fluído eléctrico a eso de las seis de la tarde los días 13, 15, 16, 17 y 18 de marzo, como se establece en los folios 19, 88, 99, 111 y 121 del cuaderno No. 18. El mismo hecho se acredita con el acta de escrutinio municipal de Santo Tomás que obra en el cuaderno No. 3 y las constancias en los folios 91 y 97.

A no dudarlo este percance en el fluido eléctrico configuró un factor impeditivo de desarrollo normal del escrutinio en diversas mesas de la circunscripción electoral del Atlántico cuestionadas por el demandante que no facilitó, en algunos casos, el diligenciamiento completo del formulario E-17, lo que, se repite, advertido por las Comisiones Escrutadoras, procedieron ellas publicamente a verificar el escrutinio voto por voto, con la presencia de candidatos y testigos electorales, como se percibe en el contenido de sus actas, permitiéndose conocer, sin la más leve sombra de adulteración o tergiversación de la voluntad popular, al resultado real de las votaciones.

La filosofía que inspira las normas electorales en este tópico es la de que los escrutinios no se hagan de manera subrepticia, es decir, a ocultas, a escondidas, con lo cual se facilite y haga posible el cambio de votos, o cualquier maniobra que sirva para adulterar o tergiversar la voluntad de los electores consignada en las urnas..." sino "a la vista del público en forma tal que todos puedan observar las operaciones realizadas por el jurado o corporación y tomar nota de los resultados, con lo cual se hace difícil, si no imposible las maquinaciones o intrigas para burlar a los electores", y que ellas, las normas no deben aplicarse en forma puramente mecánica, menos cuando medien circunstancias de caso fortuito que impidan el escrutinio por los jurados, por lo que en subsidio deben realizarlos las Comisiones Escrutadoras correspondientes, ya que de lo contrario se "daría ocasión para desconocer arbitraria e inútilmente la voluntad ciudadana libremente expresada" en las urnas,"lo que ciertamente no quiere ni desea el legislador", interpretación consagrada por esta Sala en providencia del 25 de septiembre de 1989 consignada en el expediente No. 323, donde fue ponente el doctor Miguel González Rodríguez.

El mismo demandante manifiesta que en este caso "no hay alteración de los documentos electorales" pero enfatiza que hubo "inexistencia de un acto o selemento esencial" que podría calificarse, dice, de falsedad intelectual por parte de las Comisiones Escrutadoras Auxiliar y Municipal de Soledad, por tratar de rehacer documentos oficiales que no existieron (folio 47, cuaderno No. 1). Pero ya ha quedado establecido qué fue lo que real y verdaderamente realizaron las Comisiones Escrutadoras, cuyas actas, documentos auténticos con la fuerza y

alcance probatorios que les da la ley procesal, constituyeron la base para que los señores Delegados del H. Consejo Nacional Electoral hicieran el escrutinio general y la declaración de elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Atlántico, conforme a las claras e inequívocas disposiciones del Decreto 2241 de 1986.

El demandado al contestar la demanda sintetiza su réplica a este primer cargo, en sentir de la Sala, con acierto cuando expresa: "Si la Comisión Escrutadora, en diligencia pública y con la presencia de los candidatos y sus testigos realiza el conteo voto a voto por las razones expuestas, no existe falsedad alguna en los registros o en los elementos que los conforman y respetada la voluntad de los electores, es dable dar plena validez al escrutinio realizado, máxime porque interpretación distinta implicaría el desconocimiento del principio de "eficacia del voto", de expresa consagración en nuestra ley y dar al régimen electoral una concepción mecanicista, ajena al elemento teleológico que subyace en él".

Los fallos pretranscritos invocados por el actor en sustentación de sus tesis de apocrifidad por inexistencia no encuadran dentro de los elementos fácticos acreditados en el proceso. En cuanto a la primera cita jurisprudencial la Sala Plena parte de la base de que no se haya levantado el Acta correspondiente y téngase en cuenta que se refiere es al acta de escrutinio más no a la de los -jurados de votación- y, además, no se encuentren los votos y demás elementos de juicio que permitan conocer la verdad real de los electores para que pueda tipificarse la falsedad de los registros, circunstancias similares a los presupuestos fácticos que contempla la causal 4a. de reclamación del artículo 192 del C.E., antes de la Ley 62 de 1988 también de nulidad, que igualmente el demandante invoca como fundamento legal de la pretensa nulidad, sin parar mientes que la "y" que se ha subrayado es copulativa, lo que significa que para estructurar la pretensa apocrifidad requeriría, y se requiere, la concurrencia de ambos supuestos de hecho que estructuran tanto el criterio del Consejo como la norma señalada.

En relación con la segunda cita, es indubitable que cuando la Sala Electoral habla de inexistencia de Acta alguna, esta carencia está referida a la falta física o material del documento mismo que la contenga, como se infiere de la proposición que integra el párrafo transcrito por el demandante. La realidad probatoria que milita en el proceso patentiza precisamente lo contrario; las actas de escrutinio de las Comisiones señaladas dan fe de que las de los jurados se encontraron en el Arca Triclave, aunque, como ha quedado puntualizado, sin que algunas de ellas hubieran sido completamente diligenciadas, que es circunstancia diferente a la esbezada en el argumento doctrinal.

Al folio 39 del cuaderno No. 1 en desarrollo del primer cargo, el demandante manifiesta que las actas de los jurados se encontraron en mal estado y que hubo introducción y sustracción fraudulenta de votos "en la casi totalidad de la Mesas (sic) impugnadas por inexistencia" de aquellas. La formulación de este pretendido cargo en los términos concebidos por el demandante es a todas luces defectuosa,

incorrecta: no concreta en qué mesas específicamente se presentaron los hechos que genéricamente refiere como tampoco la vulneración legal ni el concepto de la violación, por lo que en este evento la desestimación es absoluta.

A pesar de ello, conviene sí observar que lo que se comprueba es que los sobres contentivos de las actas de los jurados y demás documentos electorales fueron encontrados casi en su totalidad cerrados y en buen estado como se desprende de la simple lectura de las actas de las comisiones escrutadoras, sin que se halle constancia de las mismas que las actas de los jurados se hubiesen encontrado en "mal estado".

El Ministerio Público al abordar el aspecto de fondo agrupó en dos categorías los cargos; los que se fundamentan en la causal 2a. del artículo 233 del C.C.A. y los que se sustentan en la 3a. de la misma norma.

En cuanto a los primeros, después de hacer las verificaciones probatorias se expresa así, en lo pertinente:

> "De lo antes visto se deduce que el análisis solo puede hacerse respecto de los casos en los cuales, efectivamente, faltó el recuento (sic) de los votos, por parte de los jurados de mesa. Al respecto debe precisarse que la falta de diligenciamiento del formulario E-17 no puede considerarse como un problema de fondo cuando aparece demostrado que las Comisiones Escrutadoras hicieron el conteo en los casos en los que no fueron hechos por el jurado de mesa, subsanando en esta forma cualquier posible irregularidad.".
>
> ...
>
> "Se propone, igualmente, la nulidad de la elección de Representantes a la Cámara por el Departamento del Atlántico con fundamento en la misma norma invocada en el punto anterior, pero esta vez sobre la base de que en algunos lugares de votación se escrutaron mesas sin lista parcial de sufragantes y sin registro de votantes, es decir, sin los formularios E-14 y E-15, caso en el cual, manifiesta, están varias mesas de Sabanalarga y Santo Tomás.
>
> "Al respecto debe precisarse que no aparece prueba que demuestre la ocurrencia de los hechos en los cuales se sustenta el cargo, que por lo mismo debe desecharse sin análisis jurídico alguno.".
>
> Por todo lo anterior, este cargo no prospera.

Segundo Cargo.- Aunque no es propiamente un ejemplo de orden, claridad ni precisión la formulación de este cargo, se logra establecer en los párrafos en los que lo consigna (folios 41, 49 y 50 del cuaderno No. 1) que dos son los ataques que profiere: el primero dirigido a erigir una supuesta sustitución de actas de escrutinio de mesa en la nulidad prevista en la causal 2a. del artículo 223 del

C.C.A.; y el segundo a encuadrarlo en la causal 3a. *ejusdem*, porque ellas, afirma, "presentan alteraciones en lo escrito, "..." razones por las cuales pesa sobre el Acto electoral un gran indicio de violencia o de coacción o de artería...".

El Acta General de Escrutinio Municipal de Santa Lucia y su corregimiento de Algodonal que obra a folios 160 a 179 del cuaderno No. 3 es una contundente demostración probatoria de la infundada censura del demandante. Basta su simple lectura para colegir no solo el regular desarrollo del escrutinio sino la inexistencia de elemento alguno del que se pudiera siquiera, suponer remotamente la sustitución de actas de escrutinio de mesa.

El acta devela sí que hubo observaciones por parte de la Comisión Escrutadora con ocasión de solicitudes o por actuación oficiosa en mesas de la cabecera municipal, pero referidas generalmente a errores aritméticos en escrutinios de Asamblea y Concejo que dieron lugar a recuento físico de votos y a las verificaciones correspondientes, con lo cual se subsanaron las diferencias o posibles irregularidades. Tal como los casos de las mesas 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12 y 13, que, por lo demás, no son motivo de controversia en este proceso.

Respecto a Cámara de Representantes, cuya elección de sus miembros si es la aquí impugnada, se encuentran las siguientes observaciones:

Mesa No. 7.- "En esta mesa se hace la siguiente constancia: Que el numero (sic) total de votos aparecido en la camara (sic) no coincide con el numero (sic) aparecido en el listado en el total con el número de votos, y al hacer conteo voto a voto se establecio (sic) que la votación real es..." (folio 166), lo cual indica que de lo que se trató fue de un simple error aritmético, subsanado, con el recuento de votos, que constituye solo causal de reclamación conforme al numeral 11 del artículo 192 del C.E., pero en modo alguno motivo de nulidad.

Mesa No. 10.- "Se deja constancia que en los listados pertenecientes a la Cámara y Asamblea se hizo el conteo voto a voto dando como resultado los anotados en los pliegos" (folio 168), lo que significa que ni siquiera se presentó error aritmético.

Mesa No. 11.- "...se procedió a extraer del Arca Triclave el sobre correspondiente del la mesa de votación numero (sic) once (11), procediendose (sic) habrir (sic) dicho sobre de manila del cual se extrajo acta de Registro en sobres correspondientes a Concejo, Asamblea, Cámara, Senado y Consulta Popular los cuales se encuentran en buen estado procediendo al conteo de los votos...".

En las restantes mesas de la cabecera como en las del corregimiento de Algodonal no se registraron observaciones, salvo en la Mesa No. 14 donde se presentó una diferencia aritmética pero solo respecto a la votación para consulta de candidato del partido liberal que fue corregida por la Comisión mediante la aplicación del conteo físico de votos.

Finalmente, al folio 178 del citado cuaderno No. 3 aparecen atestaciones de la Comisión Escrutadora en el acta que se examina, la que por constituir un documento público que como tal no ha sido impugnado, hace fe de la declaraciones que contiene, de su otorgamiento y de su fecha, afirmaciones y constancias que por dicha virtud dejan sin eficacia jurídica los agravios que al acto de elección de Representantes a la Cámara por la Circunscripción del Atlántico ha enderezado el actor en este segundo cargo, como se constata con su texto:

> "Se deja constancia que todas las Actas se encontraron debidamente firmadas por los Jurados de Votación. En este estado la comisión escrutadora procede a realizar la suma total de los resultados."... Siendo las seis y diez de la tarde del día 15 de marzo de 1990 y habiendo terminado la comisión escrutadora los escrutinios correspondientes a diecisiete (17) mesas, en el Municipio de Santa Lucia y a dos (2) en el corregimiento de Algodonal, se le informa a la ciudadanía que se encuentra presenciado (sic) la terminación del presente escrutinio, que es la oportunidad de cuanquier (sic) reclamo, petición o queja alguna con relación la labor ya terminada o contra cuanquier (sic) funcionario que cualquier queja tenga contra él. En vista que (sic) no hubo reclamo o queja alguna, en contra de la labor realizada ni contra cualquier (sic) funcionario de esta registraduría, se da por terminada la labor realizada hoy quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990), siendo firmada la presente acta por todos los que en ella han intervenido...".

Esta prueba se halla recogida, igualmente, en el cuaderno No. 78, y su valoración enriquecida por razón de la concordancia con la evidencia contenida en el cuaderno No. 13 que acredita la existencia de las actas de los jurados de votación.

En el abundante arsenal probatorio recaudado en el plenario no existe ninguna probanza que pudiere desvirtuar el análisis precedente con relación al cargo bajo estudio, por lo que indefectiblemente se puede afirmar que los registros no son falsos ni apócrifos ni tampoco lo son los elementos que sirvieron para su formación, ni se presentan alteraciones sustanciales en lo escrito, como lo exige la causal invocada por el actor para desprender la nulidad de aquéllos.

La Corporación, en el expediente No. E-018, con ponencia del Consejero doctor Carmelo Martínez Conn, el 27 de marzo de 1987 en criterio provisorio que es oportuno traer a colación en lo pertinente, expresó en dicha sentencia lo siguiente:

> "... afirmar y comprobar que el registro es falso o apócrifo, o que son falsos los elementos que sirvieron para su formación, causal qué requiere demostración mediante prueba pericial y en todo caso prueba directa como testimonio o confesión de quienes tengan conocimiento de la falsedad o hubiera intervenido en ella", medios de convicción que brillan por su ausencia en el proceso.

La Agencia Fiscal al referirse a los cargos fundamentados en la causal tercera del artículo 223 del C.C.A., conceptuó de la manera siguiente:

"Al respecto debe precisarse que tal como lo dice el texto mismo la causal solo prospere si se demuestra que se ha adulterado alguna de las Actas con posterioridad a la firma por parte de los jurados, no siendo posible la interpretación analógica.

"En el presente caso conforme aparece en el cuaderno No. 78 contentivo de las actas de la comisión escrutadora del Municipio de Santa Lucia, dicha comisión tomó como base las Actas de los Jurados de Votación y en los casos en que se presentaron deficienciad (sic) en las mismas procedieron a realizar el conteo correspondiente. No hay constancia alguna que haga pensar que hubo adulteración para que prospere la nulidad propuesta y si hubo diferencias, las mismas fueron subsanadas con el recuento de votos practicado por la comisión que según se dejó precisado en otro aparte de este escrito purga cualquier error o diferencia presentada con anterioridad.".

El cargo, pues, no prospera.

Tercer Cargo.- Como atrás se anotó, lo hace consistir el demandante en que las inscripciones se realizaron sin la presencia física de los ciudadanos; con huellas digitales falsas o apócrifas, o sin que ellas se estamparan en los registros correspondientes, lo que convierte en falsas o apócrifas las listas de sufragantes y los registros de votantes, y, por ende, vulnerados los censos electorales respectivos, pues votaron personas que habían sido excluidas de éstos, circunstancias que dieron origen a que se presentaran casos de doble o múltiple votación por un mismo sufragante.

Las mesas impugnadas con este cargo fueron las ya reseñadas y correspondientes al municipio de Baranoa y sus corregimientos de Campeche y Sibarco.

Como de tales hechos para el actor deviene una nulidad por virtud de la falsedad o apocrifidad con que califica los registros de inscripción, vicio que, dice, se comunica a los registros de sufragantes y por ende a las actas de escrutinio, la prueba idónea para la demostración de dicha censura es, como lo ha reiterado el Consejo, la pericial, y en todo caso prueba directa como testimonio o confesión de quienes tengan conocimiento de la falsedad o hubieren intervenido en ella.

Ciertamente, el demandante en busca de este propósito solicitó la prueba pericial pertinente, la dactiloscópica, y ella así se decretó. Sin embargo, dicha probanza solo fue recaudada fragmentariamente cuando el proceso se encontraba, como atrás se dijo, en traslado a la señora Fiscal para concepto de fondo, y complementada cuando ya se hallaba al despacho del Consejero conductor del juicio para estudio y elaboración de proyecto de sentencia. En efecto, es en estos momentos cuando llegan de la Registraduría Nacional del Estado Civil los docu-

mentos relacionados con la aludida prueba pericial que había sido decretada, conjuntamente con otras pruebas, el 22 de junio de 1990 a solicitud de la parte actora y en orden a verificar si la huella del dedo índice derecho de los inscritos que aparecen en los formularios de inscripción de las mesas que relacionó en su demanda, corresponden o no a las de los titulares de las cédulas, mediante los cotejos con las huellas que aparecen en los documentos que sirvieron de base para expedición de sus correspondientes cédulas (folio 521, cuaderno No. 1), el que se modificó por auto de julio 18 de 1990 en el sentido de limitar el dictamen a los casos indicados en el literal "c" de la petición de pruebas que presentara en el término de fijación en lista (folios 111 a 283 del cuaderno No. 1).

En desarrollo de los anteriores autos se libraron los oficios números 90-50 de junio 28 y 90-97 de julio 24, ambos del año 1990, con destino a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que por intermedio de sus técnicos en dactiloscopia se rindiera en el término de veinte días el respectivo dictamen "de manera clara, precisa y detallada, con la conclusión sobre si existe o no, según su fundamentado juicio, falsedad o apocrifidad en tales documentos".

Posteriormente en proveído del 22 de agosto (folio 575, cuaderno No. 1), se concedieron quince días más para la práctica de las pruebas decretadas con cuyo transcurso quedó cerrada la etapa probatoria, como, en efecto, quedó esclarecido y definido en auto de 25 de septiembre que se lee a folios 607 y 608 del cuaderno No.1, en el cual se ordenó correr traslado a las partes por el término común de cinco días para la formulación de sus alegatos de bien probado, a lo que éstas procedieron el 3 de octubre cuando, justamente, vencía la oportunidad para ello, sin que se hubieran recaudado los documentos relaciónados con la prueba técnica, pues parte de los mismos, procedentes de la Registraduría Nacional del Estado Civil son remitidos con oficio No. 6105 de octubre 5 de 1.990, contenidos en los cuadernos 73 a 77, y solo recibidos en el Consejo el 8 de los mismos mes y año; otros fueron recibidos directamente del coadyuvante pero originarios de la Registraduría Nacional, con fecha 19 de octubre de 1990 y, finalmente llegan, con oficio de octubre 29 de 1990, procedente de la misma Registraduría el resultado obtenido de la revisión practicada a los cotejos técnicos efectuados sobre los formularios E-3 (inscritos para las elecciones del 11 de marzo) y correspondientes a diversos municipios del Departamento del Atlántico, incluido el de Baranoa, mediente el listado de las inconsistencias con sus respectivas fotocopias auténticas de las tarjetas decadactilares, el de "imposible cotejo técnico" y el de "N.A.", que comprende las tarjetas alfabéticas que no aparecieron en el momento de la búsqueda en el Archivo. Estos documentos obran en los cuadernos "A", "B", "C", "D" y "E" del expediente.

En este orden de ideas, ante la nítida cronología del trámite acabada de exponer, mal se podía procesalmente correr traslado del dictamen para cumplir con las exigencias legales de su publicidad y contradicción, principios de inexorable cumplimiento en materia de procedimiento probatorio previos a la consi-

deración de la prueba por el juzgado a efecto de calificar jurídicamente su validez y autoridad.

Resulta apenas elemental que de haberse procedido así, es decir, haber hecho el traslado a las partes en este último momento y dar oportunidad para solicitar aclaración, ampliación u objeción del mismo como lo prevé el estatuto procesal civil de rigurosa aplicación en estos casos, así como la de facilitar su discusión y análisis posterior a través de alegatos de conclusión, hubiera significado retrotraer el procedimiento, revivir etapas procesales culminadas, que solo es posible cuando, por motivos legales, el Juez decrete la nulidad de la actuación, lo que constituiría una flagrante violación del principio de eventualidad con la consiguiente entronización del desorden en la tramitación del proceso en un claro y categórico desconocimiento de la ley procesal que no solo los litigantes sino, y con mayor razón los funcionarios jurisdiccionales están obligados a respetar, como que el cumplimiento de tales principios y normas son garantía de justicia para las partes y del orden jurídico en general que es preciso mantener como soporte de un auténtico estado de derecho.

El demandado al presentar su alegato de conclusión (folios 618 a 635 del cuaderno No. 1) advirtió sobre la posibilidad de que dicha prueba fuera enviada con posterioridad por lo que argumentó de una vez que en tal evento "no podría ser tenida en cuenta para proferir el fallo dado que sería una prueba oculta para las partes, respecto de la cual ellas no habrían podido pronunciarse". Y agregó con tino interpretativo que "El claro tenor del artículo 236 del C.C.A. no deja duda alguna sobre la imposibilidad de considerar pruebas recibidas una vez se ha dado traslado a las partes para alegar, pues a esto se procede cuando dichas pruebas se han practicado o cuando como en este caso, los términos para practicarlas han precluido y es principio de derecho procesal que una vez precluida una instancia procesal ella no puede ser revivida, máxime si ello implica colocar a las partes en situación de desconocimiento frente a elementos procesales de tal magnitud como las pruebas".

Por las circunstancias antes anotadas, la Sala llega a la conclusión de que este cargo no resultó probado.

Cuarto Cargo.- Procurando conectar y concretar los diversos y dispersos elementos de este cargo, ellos se estarían predicando respecto de las mesas números 21, 16, 6 y 7 de la cabecera municipal de Palmar de Varela en cuanto a que del Acta de Escrutinio Municipal cuya nulidad impetra, él mismo deduce su inexistencia por conllevar un elemento de falsedad ya que en las mesas relacionadas no se realizó escrutinio por los jurados de votación o no se dejó constancia por éstos de los votos obtenidos por cada candidato a las diferentes corporaciones públicas (folios 35, 43 y 44 del cuaderno No. 1).

Revisada el Acta objeto de censura que obra a folios 69 a 82 del cuaderno No. 3, se constataron las siguientes novedades respecto a Cámara de Representantes:

Mesa No. 21.- "Se encontró la Bolsa Correspondienete (sic) totalmente abierta, por eelo (sic) la comisión escrutadora decide hacer el recuento de los votos consignados en ella, además hay una relación por parte del Sr. Julio Rafael Ortega Rivera de que se haga el recuento de la misma por lo cual se procedio (sic) a ello, arrojando los siguientes resultados: ...CAMARA: En el formulario E-17 no aparecen anotado (sic) ningún voto, esta (sic) en blanco. al (sic) hacer el conteo voto a voto arrojó los siguientes resultados:..." (folio 73).

Mesa No. 6.- "Sobre en buen Estado (sic), Firmado por 4 jurados ...CAMARA. Los jurados no efectuaron la suma, al hacerlo la comisión escrutadora esta dio 246 votos validos (sic), 0 nulos, 0 en blanco... En este estado se suspende el escrutinio por insuficiencia de luz para el día 15 (jueves) de marzo de 1990..." (folio 74).

Mesa No. 7.- "el sobre semiabierto, el formulario E17 firmado por cuatro jurados ...CAMARA: se procede de oficio a hacer el recuento así: y arrojo (sic) la siguientes modificación por inclusión de los votos que parecieran (sic) a los candidatos gabriel (sic) Acosta Bendek en el sobre de Concejo y Hernan (sic) Berdugo en el de Asamblea..." (folio 78).

Mesa No. 16.- "En Buen Estado, (sic) firmada por 4 jurados ...CAMARA: la votación a la camara (sic) no fue anotada en el formulario E17 y arrojó lo siguiente...".

Como bien se aprecia esas simples irregularidades que de ningún modo configuran causal de nulidad, fueron subsanadas con el conteo físico de los votos hecho por la Comisión Escrutadora que lo consideró procedente como en efecto lo era, dada la naturaleza de las mismas.

Aquí son igualmente válidas las argumentaciones que hiciera la Sala al examinar el primer cargo, por lo cual deben entenderse reiteradas como elementos de convicción que desvirtúan plenamente los planteamientos esgrimidos por el demandante.

En lo atinente al agravio consistente en que se dieron irregularidades consistentes en que no se dio "lectura al Registro de Introducción de los pliegos electorales al Arca Triclave" no se puso "en conocimiento de los Testigos Electorales, los Apoderados y los Candidatos, los datos de la votación consignada en el Acta de Escrutinio", dichas omisiones, si se dieron, no son vicios o defectos que estructuran una causal de nulidad; ni siquiera hacen parte del catálogo de causales de reclamación que contempla el artículo 192 del C.E. ni de las previstas en el artículo 122 *ibídem*. Y la circunstancia de que no haya constancia en el Acta de los referidos hechos no prueba tampoco que ello no hubiera sucedido, pues son ellos factores que pueden demostrarse por cualquiera de los diversos medios de prueba consagrados en el estatuto procesal. Cuando existiere causal judicial o administrativa que lo requiriere.

En cuanto a que no se dejó constancia de "si los pliegos presentan tachaduras, enmendaduras o borrones" y de si ellos están firmados por menos de tres miembros del jurado, le basta a la Sala decir que lo que en sana y elemental lógica jurídica hay que presumir es que dichos eventos no se produjeron, amén de que los mecanismos propios para su corrección cuando ellos tienen ocurrencia, operan propiamente en la actividad administrativa mas no en esta contenciosa.

El cargo no prospera.

Quinto Cargo.- El quinto cargo se refiere a 84 mesas de votación, 79 ubicadas en la cabecera municipal de Malambo y 5 mesas situadas en el Corregimiento de Caracolí, las cuales aparecen relacionadas en el folio 45 de la demanda. Concretamente se afirma en este escrito que "sufragaron ciudadanos con cédulas no autorizadas para sufragar en esas meses; con cédulas de ciudadanía que habían sido excluidas del censo electoral" y en síntesis, que en la elección ocurrieron en dichas mesas una serie de hechos que puntualiza, los cuales conducen inequívocamente, según el libelista, a la conclusión de ser "falsos o apócrifos los registros o listas o actas de sufragantes o votantes...".

En realidad, el demandante repite en este cargo, casi los mismos hechos y situaciones irregulares que dejó consignados en el tercer cargo, solo que, referidos en este caso, exclusivamente, al municipio de Malambo".

Así pues, lo primero que se advierte del examen de este cargo, y lo mismo sucede con el cargo tercero, es la vaguedad como están formulados, por lo que se trata más bien de imputaciones genéricas, desde el momento en que no se precise en qué municipio o corregimiento y en cuáles meses de votación, ocurrieron cada una o todas las situaciones fraudulentas o simplemente irregulares.

Frente a estas imputaciones que no son concretas como ya se dijo; es preciso distinguir lo que debe tenerse según las leyes, como irregularidades en la formación de los registros electorales, de la adulteración o falsedad de los mismos registros, situación esta que debe demostrarse plenamente, con pruebe idónea, para que se configure la causal de nulidad de estos documentos, con las implicaciones que ello tiene, o de los elementos que hayan servido para la formación de dichos registros.

Lo anterior, por cuanto la ley ampara con la presunción de legalidad y de veracidad, las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas de orden electoral, por lo que debe partirse de la base de que éstas se han realizado dentro de las leyes que rigen sobre esta materia, por lo que, quien impugne dichas actuaciones, para que prospere su impugnación, está obligado a probar los supuestos de hecho de las normas que en este caso establecen las causales de nulidad.

De otra parte, en relación con los documentos que contienen o registran verdad electoral que generalmente son documentos públicos, a estos elementos

de juicio les asiste la presunción de autenticidad, por lo cual quien los tache de falsos o apócrifos, debe demostrarlo dentro del juicio.

Por lo anterior, el demandante, en orden a demostrar los cargos en los cuales se apoya la censura, acudió a la prueba pericial y, desde luego, como la cuestión debatida aquí no era de puro derecho, se decretó dicha prueba al considerarse como conducente y oportuna.

Pero es lo cierto que esta prueba, no obstante la legalidad de su diligenciamiento, como quedó expuesto al referirse la Sala al 'cargo tercero, no puede ser evaluada por la Sala, por las razones básicas que enseguida se expresan:

a) El peritazgo fue rendido extemporáneamente por lo que no fue posible cumplir con los preceptos que garantizan el cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción, sin los cuales la prueba pericial carece de eficacia.

b) Porque de haberse ordenado el traslado a las partes del dictamen pericial, en estas condiciones, para darle oportunidad a éstas de hacer peticiones en orden a salvar posibles deficiencias, hubiera sido necesario retrotraer el procedimiento para revivir etapas procesales ya cumplidas, lo cual jurídicamente no es posible y con mucho menos razón, dentro del procedimiento especial de los juicios electorales, en los cuales como es bien sabido, el legislador reiteradamente, ha venido buscando una rápida decisión jurisdiccional de esta clase de controversias y,

c) Porque esta extemporánea prueba, en la forma como fue rendida, así hubiere sido oportuna, tendría que haber sido desestimada pues no aparece firmada por los peritos que realizaron los cotejos técnicos y más bien se trata en este caso de una improcedente certificación que firma la señora Julia Báez Rocha, en todos los casos, a nombre de los peritos que intervinieron, tal como se dejó dicho cuando la Sala se ocupó del tercer cargo.

Por todo lo anterior es necesario declarar este cargo como no probado, en el entendimiento de que en este caso, la prueba documental sirve para demostrar la existencia de algunas irregularidades pero es insuficiente para establecer hechos o circunstancias configurativas de las causales de anulación definidas en los numerales 2° y 3° del artículo 223 del C.C.A..

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: No prospera la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada, por considerarla no probada.

SEGUNDO: Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Miguel González Rodríguez, Presidente; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio/ **PROCESO ELECTORAL/ LISTA DE SUFRAGANTES/ INSCRIPCION IRREGULAR/ REGISTRO ELECTORAL** - Irregularidad/ **NULIDAD ELECTORAL**

Del dictamen presentado debía correrse traslado a las partes por el término de ley, para efectos de que ellas pudieran solicitar su complementación o su aclaración, o para objetarlo por error grave, y así no ocurrió, por lo que la Sala deberá desestimarlo y llegar a la conclusión de que no está establecido el hecho de la inscripción irregular y posterior votación de una serie de ciudadanos, así pudiera constatar, según los registros de personas que votaron en las diferentes mesas, que determinados ciudadanos de los indicados en los dictámenes sufragaron en ellas, ya que para ello es indispensable el susodicho dictamen. Es decir, que no se puede llegar a establecer quiénes sufragaron ilegalmente, sin haberse probado con la pericia correspondiente, de manera previa, quiénes se inscribieron para hacerlo de la manera irregular o ilegal.

DEMANDA ELECTORAL -Interpretación/ **DOBLE VOTACION/ NULIDAD ELECTORAL**

Aun cuando el actor en su demanda no señaló concretamente las mesas y municipios de la Circunscripción de Boyacá y Casanare, en donde se presentó la irregularidad alegada lo que solamente viene a realizar con motivo de la presentación del alegato de conclusión, dentro de la oportunidad señalada para ello, indicando concretamente los casos, la Sala interpretando el libelo sí alcanza a percibir que se invoca la doble votación como producto de una doble inscripción de la misma cédula en varias mesas de votación. Los repetidos errores, de buena o de mala fe de los jurados de las mesas de votación, no pueden conducir a declaratorias de nulidad, ni es ético que los interesados en un proceso electoral

se aprovechen o traten de aprovecharse de esos errores, para objetar la modificación del real resultado electoral, para lo cual se valgan del expediente de señalar casos de doble o triple votación, pero sin probar los reales titulares de los documentos de identificación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes 0374 y 0377 (acumulados). Demanda de nulidad del acto administrativo electoral de declaratoria de elección de Senadores de la República por la Circunscripción electoral de Boyacá y Casanare, para el período constitucional 1990-1994. Actores: Heraclio Fernández Sandoval y otro. Jorge Enrique Valencia Martínez.

I. El ciudadano JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ, en su propio nombre en ejercicio de la acción contenciosa electoral, promovió demanda contra el Acuerdo No. 2 de mayo 3 de 1990, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral, declaró electos Senadores de la República por la Circunscripción Electoral de Boyacá y Casanare, para el período constitucional 1990-1994, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de los registros electorales de las mesas de votación de los municipios de Tibana, Jenesano, Chiquiza, Miraflores, Sotaquirá, Guateque, Combita, Duitama, Tuta, Puerto Boyacá, Tunja, Paipa y Páez que precisa en su libelo, para que, como consecuencia de ello, se practique un nuevo escrutinio y conforme a ello se expidan las credenciales a quienes resulten elegidos y se anulen las que tienen los que no lo resulten.

Invoca como disposiciones legales en que fundamenta sus pretensiones, el artículo 223-2 y siguientes del C.C.A., la Ley 78 de 1986, art. 5° literal e), en concordancia con el artículo 1°, parágrafo 2°, de la Ley 49 de 1987, la Ley 62 de 1988, art. 65, la Ley 78 de 1986, art. 29, inciso 2°, y el Decreto 2241 de 1986, artículos 1°, 78, 80 y 81, por ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de los registros electorales en las mesas señaladas en la demanda, ya que las huellas estampadas en los documentos electorales de inscripción no corresponden a los titulares de las cédulas de ciudadanía y se dio, por otra parte, casos de doble inscripción para sufragar.

II. Los ciudadanos HERACLIO FERNANDEZ SANDOVAL e IVAN ROBERTO DUQUE GAVIRIA, por conducto de apoderado especial constituido al efecto y en ejercicio de la misma acción, promovieron demanda contra el mismo acto administrativo electoral en orden a obtener la declaratoria de nulidad de los registros electorales o actas de escrutinio de las mesas de votación de los municipios de Boavita, Maripí, Pauna, Caldas, Buenavista, Coper y Puerto Boyacá que también precisa en su libelo, para que, como consecuencia de ello, se proceda igualmente a la práctica de nuevo escrutinio en la Circunscripción electoral de

Boyacá y Casanare, y conforme al mismo se proceda a la expedición de las correspondientes credenciales a los elegidos.

Invocan como disposiciones legales en que fundamentan sus pretensiones, el artículo 223-2 del C.C.A., subrógado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, en concordancia con el artículo 78 del Decreto Ley 2241 de 1986, por ser falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de los correspondientes registros electorales, por cuanto las huellas dactilares estampadas en los registros de inscripción no corresponden a los reales titulares de las cédulas de ciudadanía, se dio el caso de doble inscripción, y, se le imputaron y sumaron al candidato Jaime Castro Castro, 160 votos que realmente se depositaron en favor de la lista encabezada por el demandante Heraclio Fernández Sandoval, lo que constituye causal de nulidad según lo dispuesto en el art. 223-4 del C.C.A.

En uno y otro proceso se constituyeron en parte coadyuvante y en parte impugnadora diferentes personas que solicitaron la práctica de pruebas y presentaron alegatos dentro de la oportunidad señalada por la ley para ello.

Además, el accionante Jorge Enrique Valencia Martínez corrigió su demanda inicial, para comprender en la acusación de nulidad mesas de los municipios de Ventaquemada y Sogamoso, a las cuales no se refirió inicialmente. La corrección fue aceptada por el señor Consejero conductor del proceso.

III. *El concepto del señor agente del Ministerio Público.* El señor Fiscal Octavo de la Corporación en su concepto de quince de enero del presente año, solicita se declare inepta la demanda en el proceso 0374, actor Heraclio Fernández Sandoval y Otro, y se nieguen las pretensiones de la demanda en el proceso 0377, actor Jorge E. Valencia Martínez, por considerar:

a) Que se individualizó el acto expedido por el Consejo Nacional Electoral que declaró la elección de Senadores por la Circunscripción, pero no las actas de escrutinio de los jurados de votación de las mesas demandadas, en razón de lo cual no se cumplió con el requisito contemplado en el artículo 229 del C.C.A., y, como esta es una jurisdicción rogada no puede entrar a estudiar y decidir sobre nulidad de los registros o actas de los jurados de votación "a que se refiere la demanda en este proceso; y

b) Porque, conforme al Código Electoral no surte efecto alguno la inscripción de la cédula de ciudadanía que se efectúe sin el lleno de los requisitos de ley, el ciudadano no puede votar y corresponde a la Registraduría Nacional del Estado Civil proceder a declarar sin valor alguno las inscripciones pertinentes, por manera que mientras no sea declarada la invalidez de la inscripción o inscripciones, ella o ellas gozan de la presunción de legalidad como acto administrativo y los ciudadanos inscritos pueden sufragar el día de elecciones, sin que pueda alegarse que el registro o acta del jurado de votación es falso o apócrifo, como si acontecería cuando la Registraduría Nacional hace la declaratoria de invalidez

de la inscripción o inscripciones. Se trata, dice el señor Fiscal, de dos actos independientes, autónomos, que cumplen sus fines propios.

En cuanto a los casos de doble votación alegados, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar por las razones expuestas anteriormente, y 'porque la doble o múltiple votación basada en doble o múltiple inscripción, como lo ha dicho el Consejo de Estado en providencia de 3 de septiembre de 1990, en este mismo proceso, resulta hoy imposible porque las inscripciones de las cédulas quedan cerradas 30 días antes de las elecciones, la Registraduría Nacional procede al cruce correspondiente para evitar que un ciudadano aparezca dos o más veces en las listas sufragantes y anula las inscripciones anteriores a la última, según el artículo 81 del estatuto electoral.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. *La excepción de inepta demanda propuesta por el señor Fiscal colaborador en el proceso 0374, actor Heraclio Fernández Sandoval y otro.*

Se referirá, y decidirá, la Sala, en primer término, a la excepción de inepta demanda propuesta por el señor Fiscal.

Establece el artículo 229 del C.C.A., invocado por el señor Fiscal, que "para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio *deberá demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara, y no lo cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos*" (subrayado fuera de texto).

El actor en dicho proceso cumplió con dicha exigencia al demandar el acuerdo por medio del cual el Consejo Nacional Electoral, hizo la declaratoria de elección de Senadores por la Circunscripción de Boyacá y Casanare, y, además, con las requeridas por el artículo 137 ibídem, para que la demanda sea admisible, y por ello el conductor del proceso dictó la correspondiente providencia. De modo que no puede sostenerse, ahora, que exista el fenómeno de la inepta demanda por no haber precisado en el petitum de la memoria las mesas que funcionaron en las inspecciones de policía de "El Espigón" y "San Francisco" del Municipio de Boavita, en las cuales por haberse dado supuestamente casos de irregular o ilegal inscripción de personas que iban a sufragar en ellas, debía declararse la nulidad de las correspondientes actas de escrutinio de sus jurados de votación, especialmente si se tiene en cuenta, por otra parte, que hecho séptimo del libelo, el actor expresamente manifiesta que esos hechos tuvieron ocurrencia, en "todas las mesas que funcionaron en las precitadas inspecciones de policía.

En consecuencia, la excepción no está llamada a prosperar, y se entrará a decidir sobre el fondo de la controversia.

2. *Inscripción irregular o ilegal de ciudadanos para sufragar en las mesas de votación que funcionaron en las inspecciones de policía de "El Espigón" y "San Francisco" del municipio de Boavita, el día 11 de marzo de 1990.*

Para establecer ese hecho, que determinaría, si los inscritos realmente ejercieron su derecho al sufragio en esas mesas, la nulidad de los correspondientes registros o actas, por ser falsos los elementos que sirvieron para la formación del registro de votantes en aquellas, la parte actora solicitó el decreto y práctica de la prueba pericial, a lo cual se accedió por el señor consejero ponente en ese proceso 0374, designando para cumplir el cometido a los dactiloscopistas al servicio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, señores José Antonio Montoya y Carmen Elisa Rojas (fl. 70 del exp. 0374, cuaderno No. 1), los que tomaron posesión de su cargo y rindieron su dictamen, por conducto del señor Registrador Nacional del Estado Civil, el día 22 de octubre de 1990, acompañado de los anexos pertinentes.

Según ello, en el corregimiento de "El Espigón" del municipio de Bovita se inscribieron irregularmente dos ciudadanos, los que sufragaron en la mesa No. 002, en los órdenes 97 y 125, y en el corregimiento o inspección de "San Francisco" una ciudadana que sufragó en la mesa No. 3, orden 19. Los peritos anexan, además fotocopia sin autenticar de la Resolución expedida el 29 de agosto de 1990, por medio de la cual el Registrador Nacional del Estado Civil anula esas inscripciones.

Para la contradicción de la pericia, del dictamen presentado no se corrió traslado a las partes por el término de ley, para efectos de que aquellas pudieran solicitar que se complementara o aclarara, o para que se objetara por error grave, llegado el caso, como lo ordena el artículo 238 del C. de P.C., seguramente por cuanto cuando llegó a la Secretaría de la Sección el día 22 de octubre de 1990, por encontrarse ampliamente vencido el término probatorio, se había dictado ya la providencia que ordena devolver el proceso a la Secretaría para efectos de la acumulación con el negocio 0377. Efectuada la acumulación de los juicios 0374 y 0377, en diligencia de sorteo realizada el 19 de noviembre de 1990, el proceso acumulado correspondió al consejero que redacta la presente ponencia, a quien le tocaba continuar la tramitación de los juicios acumulados hasta ponerlos en estado de dictar la sentencia definitiva.

Por no poder retrotraer la actuación a un momento procesal anterior a la fecha en que le corresponde conocer de dichos procesos, en razón del referido sorteo, el consejero que redacta esta ponencia profiere auto de traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual no es recurrido por aquellas para efectos de que se produzca un pronunciamiento sobre si, ya en ese momento, vencido el término probatorio, ordenada la acumulación de los dos procesos y sorteado el ponente de ellos que a partir de entonces asume la competencia, era posible

retrotraer la actuación para efectos de correr traslado del dictamen, y, en consecuencia, la prueba queda sin ese requisito de su contradicción, indispensable para que el juez pueda entrar a analizarla, otorgarle o no valor probatorio, y decidir conforme a ello.

En consecuencia, la Sala, en este caso, como en otros similares que se han presentado, deberá desestimar el concepto pericial a que se ha venido refiriendo y llegar a la conclusión de que no está establecido o probado el hecho alegado, determinante de la nulidad invocada.

3. *Inscripción y votación doble de electores en los municipios de Maripí, Pauna, Caldas, Buenavista y Coper, alegados en la acción radicada con el No. 0374.*

Para establecer probatoriamente esos hechos, la parte actora solicitó el decreto y práctica de diligencia de inspección judicial, con intervención de peritos, además del envío de toda la documentación pertinente al proceso por parte de las autoridades electorales. El decreto y práctica de la prueba se negó por el señor consejero conductor del proceso, quien dijo: "Con relación a la prueba solicitada por el actor, relacionada con la inspección judicial con intervención de peritos para el examen de actas de escrutinio y demás documentos que reposan en la delegación departamental de la Registraduría del Estado Civil, Seccional Boyacá, se advierte que más adelante, al decidir sobre las pruebas pedidas, se ordenará obtener los documentos a los que se refiere la solicitud, documentos que serán tenidos como prueba en su oportunidad. Como el cotejo que solicita el actor no requiere de conocimientos especiales, será realizado por el Despacho, y por lo tanto no se accederá a la designación de peritos para esa labor como tampoco al decreto de inspección judicial sobre los mismos" (fl. 58, cuad. 1, del exp. 0374).

Además, para los mismos efectos el señor consejero ponente decretó que se oficiara a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informara sobre los números de las cédulas de ciudadanía de las personas que, según la demanda, votaron de manera doble (punto 7o. de la misma providencia citada).

- Realizado personalmente por el consejero ponente, en asocio de la abogada asistente de la Sección, Dra. Martha Pérez, un detenido examen de los "Registros de Votantes" de los indicados municipios (cuaderno No. 3 del expediente 0374), se encontró lo siguiente:

a) Con la cédula No. 4.197.072 votó PARRA OLMOS HORACIO, en la mesa No. 1, renglón 157, de la Inspección de Policía de Zulia, municipio de Maripí (folio 262 del cuaderno indicado), y con la misma cédula voto CASAS CASAS VICTOR MANUEL, en la mesa No. 6, renglón 17, del municipio de Pauna (folio 101 del mismo cuaderno).

La Registraduría Nacional del Estado Civil, informa al fl. 3 del cuaderno No. 3 del proceso 374, que la cédula 4.197.072 fue expedida realmente a Parra Olmos Horacio.

b) Con la cédula 1.013.144 votó RODRIGUEZ QUIROGA JORGE ELIECER, en la mesa 01, renglón 47, del municipio de Caldas (folio 291 del cuaderno No. 3 ya indicado), y con la misma cédula votó FLORIAN CARO SAUL DE JESUS, en la mesa 01, renglón 46, de la inspección de Nariño del mismo municipio de Caldas (fl. 336 del mismo cuaderno No. 3).

La Registraduría Nacional del Estado Civil, informa al fl. 3 del cuaderno No. 3 del proceso 374, que la cédula 1.013.144 fue expedida realmente a Rodríguez Quiroga Jorge Eliécer, y que al votante Florian Caro Saúl de Jesús, corresponde la cédula 1.013.142.

c) Con la cédula 4.195.195 votó BUITRAGO OLMOS LUIS ENRIQUE, en la mesa 01, renglón 17, de la inspección de Policía Nariño, municipio de Caldas (fl. 335 del cuaderno No. 3 citado), y con esta misma cédula votó Parra Olmos Saratiel, en la mesa 01, renglón 134 de la inspección de Zulia, municipio de Maripí (folio 262 del mismo cuaderno).

La Registraduría Nacional del Estado Civil, informa al fl. 83 del cuaderno No. 1 del expediente 374, que la cédula de Buitrago Olmos Luis Enrique es la No. 4.196.155, y al fl. 3 del cuaderno No. 3 del mismo expediente, informa que a Parra Olmos Saratiel corresponde la cédula 4.196.195; con la de este último parece ser que sufragó el primero de los mencionados.

d) Con la cédula 1.083.390 votó Peña Joya Víctor Florentino, en la mesa No. 01, renglón 188, de la Inspección de Guayabal, municipio de Maripí (fl. 242 del cuaderno No. 3 citado), y con la misma cédula votó Solano Villamil Víctor Manuel, en la mesa 01, renglón 129, de la cabecera del municipio de Maripí (fl. 180 del expediente No. 3 citado).

La Registraduría Nacional del Estado Civil, informa al fl. 4 del cuaderno No. 3 del exp. 374, que la cédula de PEÑA JOYA VICTOR FLORENTINO es la No. 1.083.890, al paso que la de SOLANO VILLAMIL VICTOR MANUEL es la No. 1.083.390.

e) Con la cédula No. 1.083.079, votó GARAVITO ANGEL MARIA, en la mesa 02, renglón 32, de la cabecera municipal de Maripí, y con esta misma cédula votó CASTILLO LOPEZ PEDRO VICENTE, en la mesa 01, renglón 175, de la cabecera de mismo municipio (fl. 181 del cuaderno No. 3 indicado).

La Registraduría Nacional del Estado Civil, informa al fl. 4 del cuaderno No. 3 del exp. 374, que se encuentran dos GARAVITO ANGEL MARIA, el uno con la cédula 1.083.679 de Maripí, y el otro con la No. 2.086.827 de Enciso, Santander, y que la cédula de Castillo López Pedro Vicente es la No. 1.083.079.

f) Finalmente, en la mesa No. 005, renglón 106, del municipio de Pauna, con la C. de C. No. 4.196.807 vota el ciudadano VILLAMIL JORGE HERNANDO (fl. 98 del cuaderno No. 3, exp. 374), quien, según informe de la Registraduría Nacional que obra al fl. 3 del mismo cuaderno tiene la cédula 19.293.782, correspondiendo la cédula 4.196.807 al señor GARCIA GARCIA GUILLERMO, quien sufragó en la mesa 01, renglón 71, de la Inspección de Guayabal, municipio de Maripí (fl. 239 del mismo cuaderno No. 3).

Realizado el cruce de los Formularios E-15, Registro de Votantes, de cada una de las mesas indicadas en los citados literales, con los Formularios E-14, Lista de Sufragantes de las mismas, se encuentra lo siguiente:

Caso a), no prospera el cargo por cuanto tanto el señor Parra Olmos Horacio, como el ciudadano Casas Casas Víctor Manuel, votan en las mesas en donde les correspondía sufragar, según el Formulario E-14 de las correspondientes mesas, y se trató, seguramente, de un error de los jurados de la mesa de votación No. 6 del municipio de Pauna, cuando anotaron que el ciudadano Casas Víctor Manuel votó con la cédula 4.197.072, correspondiéndole realmente la No. 4.198.072, que era la autorizada para sufragar en ella (ver fl. 59 del cuaderno No. 3, exp. 374) La cédula 4.197.072 no estaba autorizada para sufragar en esa mesa.

Caso b), no prospera el cargo por cuanto tanto el señor Rodríguez Quiroga Jorge Eliécer, como el ciudadano Florian Caro Saúl de Jesús, votan en las mesas en donde les correspondía sufragar, según el mismo Formulario E-14 de las correspondientes mesas, y se trató, seguramente, de un error de los jurados de la mesa de votación No. 01, inspección de Policía de Nariño del municipio de Caldas, cuando anotaron que el señor Florian Caro votó con la cédula 1.013.144, correspondiéndole realmente la No. 1.013.142, que era la autorizada para sufragar en ella (ver fl.286 del cuad. No. 3, exp. 0374). La cédula No. 1.013.144 no está autorizada para votar en esa mesa.

Caso c), no prospera el cargo por cuanto tanto el señor Buitrago Olmos Luis Enrique, como el ciudadano Parra Olmos Saratiel, votan en las mesas en donde les correspondía sufragar, según el Formulario E-14 de las respectivas mesas, y se trató, seguramente, de un error de los jurados de la mesa de votación No. 1 de la Inspección de Nariño, municipio de Caldas, cuando anotaron que el señor Buitrago Olmos votó con la cédula 4.196.195, correspondiéndole realmente la No. 4.196.155, que era la autorizada para sufragar en ella (ver fl. 175 del cuad. No. 3, exp. 0374). La cédula No. 4.196.195 no estaba autorizada para votar en esa mesa.

Caso d), prospera el cargo por cuanto la cédula No. 1.083.390, que según los jurados de la mesa de votación, corresponde al sufragante, ni la No. 1.083.890 que, según la Registraduría Nacional, le fuera expedida al ciudadano Peña Joya Víctor Florentino, estaba autorizada para votar en la mesa No. 1 o única de la Inspección de Guayabal, municipio de Maripí (Ver folio 170 del cuaderno No.

3), y la No. 1.083.390, según la misma Registraduría, corresponde a Solano Villamil Víctor Manuel, quien sufragó en donde estaba autorizado para ello.

En consecuencia, deberá excluir, en los nuevos escrutinios que realice la Corporación, los votos emitidos en la mesa No. 01 o única de la Inspección de Guayabal, municipio de Maripí, por encontrarse demostrada la falsedad alegada.

Caso e), no prospera el cargo por cuanto, de un lado, la cédula 1.083.079 no estaba autorizada para votar en la mesa No. 2 de la cabecera del municipio de Maripí, sino en la mesa No. 1 de la misma (fl. 161 del cuad. No. 3), en donde lo realizó el señor Castillo López Pedro Vicente, titular real de ella según la Registraduría (fl. 3 del mismo cuaderno), y, por el contrario, al señor Garavito Angel María, a quien se le hace aparecer erróneamente por los jurados sufragando con la cédula 1.083.079, correspondiéndole según la misma Registraduría la 1.083.679, sufraga en la mesa No. 2 indicada, en donde estaba autorizado para ello.

Caso f), prospera el cargo en cuanto a la mesa No. 005 del municipio de Pauna, por cuanto la cédula No. 4.196.807, que se hace aparecer en el Registro, ni la No. 19.293.782 que según la Registraduría Nacional corresponde al sufragante Villamil Jorge Hernando, estaban autorizadas para votar en ella (fl. 59 del cuaderno 3, exp. 0374), correspondiendo la primera de las cédulas indicadas al ciudadano García García Guillermo, quien sufragó con ella en la mesa 01, inspección de Guayabal, municipio de Maripí.

En consecuencia, la Sala deberá excluir, en los nuevos escrutinios que realice, los votos emitidos en la mesa 005 del municipio de Pauna, por encontrarse demostrada la falsedad.

4.2. El cargo consistente en haberse sumado erróneamente a la mesa de Castro Castro Jaime en la mesa No. 3 del municipio de Puerto Boyacá, 160 votos que realmente pertenecían a la lista del demandante Fernández Sandoval, no se probó en el proceso, y por ello no está llamado a prosperar.

En esta forma, queda decidida la demanda presentada por los ciudadanos Heraclio Fernández Sandoval e Iván Roberto Duque Gaviria.

4. *La demanda promovida por JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ.*

En este proceso la parte actora alega que en las mesas indicadas por él, que funcionaron en los municipios de la Circunscripción precisados en la demanda inicial y en su corrección, se presentó: 1o. Casos de inscripción irregular de cédulas por no haber concurrido a las respectivas diligencias los reales titulares de aquéllas; y 2o. Casos de doble votación por parte de varios ciudadanos.

Para demostrar en el juicio esos hechos, la parte actora solicitó además del envío por parte de las autoridades electorales de toda la documentación pertinente (actas de escrutinio de los jurados, lista de sufragantes y registro de votantes,

formularios E-17, E-14 y E-15 respectivamente), la práctica de inspección judicial, con intervención de peritos, la que fue decretada por auto de 15 de agosto de 1990 en el cual se designó a los dactiloscopistas José Antonio Montoya y Jesús Helí Alzate, como tales.

En la diligencia de inspección judicial que se llevó a efecto el día 5 de septiembre de 1990 (fl. 66 del exp. 0377), se expresó que "para establecer que (sic) personal indebidamente inscritas (sic) sufragaron es necesario acudir a la Dirección Electoral" para que de acuerdo con las novedades presentadas informen, y el consejero sustanciador dispone que una vez obtenido el informe general del cotejo técnico se envíe a dicha Dirección para que se informe quiénes de las personas indebidamente inscritas sufragaron.

En otras palabras, de acuerdo con lo que relata el acta de dicha diligencia la prueba era de naturaleza doble: de un lado, el dictamen de los peritos para determinar los casos de inscripción irregular de personas que iban a sufragar; de otro lado el informe técnico de la Dirección Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para establecer quiénes de los irregularmente inscritos votaron y en qué mesas, puestos, zonas y municipios.

Los señores peritos cumplieron con la labor que se les encomendó, presentando su dictamen el día 24 de octubre de 1990, en cuaderno separado para cada uno de los municipios precisados en el libelo de la demanda, cuando ya se había vencido el término probatorio y así lo había informado la Secretaría de la Sección al señor consejero conductor del proceso.

Por el contrario, no obstante lo ordenado por el señor consejero conductor del proceso en la providencia dictada dentro de la diligencia de inspección judicial, la Dirección Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil no rindió su informe sobre cuáles de esos ciudadanos inscritos irregularmente, según el dictamen pericial, realmente ejercen el derecho al sufragio y en qué lugares y mesas.

Como se dijo anteriormente en relación con una de las pretenciones de la demanda promovida por los ciudadanos Fernández Sandoval y Duque Gaviria, para la contradicción de la pericia, del dictamen presentado debía de correrse traslado a las partes por el término de ley, para efectos de que ellas pudieran solicitar su complementación o su aclaración, o para que pudieran objetarlo por error grave, llegado el caso, como lo ordena el artículo 238 del C. de P.C., y, sinembargo, así no ocurrió, pues en proveído de 8 de noviembre de 1990, la Sala decretó la acumulación de este proceso con el número 0374 y señaló fecha para la diligencia de sorteo del ponente, correspondiéndole conocer de ellos al consejero que redacta esta ponencia, a quien lo tocaba continuar, a partir de ese momento, la tramitación de los juicios acumulados, hasta ponerlos en estado de dictar sentencia, sin tener competencia para retrotraer la actuación procesal.

Se profiere el auto de traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual no es recurrido por aquéllas para efecto de que se produzca un pronunciamiento

sobre si ya, en ese momento, vencido el término probatorio, ordenada la acumulación de los dos procesos y sorteado el ponente de ellos, quien sólo a partir de ese momento asume la competencia, era posible retrotraer la actuación para, en consecuencia, correr traslado del dictamen, así la prueba no estuviera completa con el informe pertinente de la Dirección Electoral de la Registraduría, y, por tanto, la prueba pericial queda sin ese requisito de su contradicción, indispensable para que el juez pueda entrar a analizarla, otorgarle o no valor probatorio, y decidir conforme a ello, según el precepto contenido en el artículo 183 del C. de P.C.

En consecuencia, la Sala en este caso, como en otros similares que se han presentado, deberá desestimar el concepto pericial a que se ha venido refiriendo y llegar a la conclusión de que no está establecido o probado el hecho de la inscripción irregular y posterior votación de una serie de ciudadanos, así pudiera constatar, según los registros de personas que votaron en las diferentes mesas, que determinados ciudadanos de los indicados en los dictámenes sufragaron en ellas, ya que para ello es indispensable el susodicho dictamen. Es decir, que no se puede llegar a establecer quiénes sufragaron ilegalmente, sin haberse probado con la pericia correspondiente, de manera previa, quiénes se inscribieron para hacerlo de manera irregular o ilegal.

Pero, además, la Sala no quiere dejar pasar la oportunidad para observar lo siguiente que ha acontecido de modo reiterado en la gran mayoría de los procesos electorales que se promovieron en relación con declaratorias de elección de congresistas, para el período constitucional en curso: a) el dictamen pericial debe ser "claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos, e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones" (art. 237-6 del C. de P.C.), para que el juez, teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y demás elementos probatorios que obren en el proceso, pueden apreciarlo y darle todo su valor de convicción; b) igualmente, los informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales, deben ser motivados, es decir, fundamentados debidamente (art. 243 del C. de P.C.).

No obstante ello, la Sala ha encontrado en este y otros procesos que el dictamen pericial se rinde en los siguientes términos:

> "Los suscritos técnicos dactiloscopistas de la División de Cedulación de la Dirección Nacional de Identificación de la Rogistraduría Nacional, CERTIFICAMOS: que efectuados los cotejos técnicos dactiloscópicos de las impresiones tomadas en el Formulario E-3, de ciudadanos inscritos para las elecciones de Corporaciones Públicas y de Alcalde del 11 de marzo de 1990, correspondientes a los municipios de..., del Departamento de Boyacá, con las respectivas tarjetas decadactilares que reposan en los archivos de la entidad, arrojaron el resultado que se envía en listados separados", y luego vienen los listados de inconsistencias con las fotocopias autenticadas de las tarjetas decadactilares, de"imposible cotejo técnico" -que no prueba nada-,

y de los nombres de los inscritos respecto de los cuales no se encontró,al momento de la busqueda, las respectivas alfabéticas -que tampoco prueba nada-.

El dictamen rendido en esa forma, para la Sala no tiene valor probatorio alguno, por cuanto no se explica al juez y a las partes los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos y científicos que sirven de soporte a las concluciones a que lleguen.

Las partes no dicen nada sobre ese aspecto y el consejero conductor del proceso tampoco puedo hacer nada para remediar la situación, porque, cuando llegan los dictámenes, por lo general, el término probatorio está vencido, se ha decretado la acumulación de los diverses procesos y sorteado el ponente que deba seguir conociendo de ellos, a partir de ese momento, sin retrotraer la actuación por falta de competencia para hacerlo. En otras ocasiones, incluso, el dictamen ha llegado al juicio, cuando ya éste se encuentra al despacho del señor Fiscal para rendir su concepto de rigor. La consecuencia de todo lo anterior, es que, finalmente, el dictamen no puede ser considerado como acontece en estos dos juicios acumulados y el juez se ve imposibilitado de administrar justicia, de modo tal, que se defina totalmente lo planteado.

4.1. *La doble votación alegada como causal de nulidad.*

Aun cuando el actor en su demanda no señaló concretamente las mesas y municipios de la Circumscripción de Boyacá y Casanare, en donde se presentó la irregularidad alegada, lo que solamente viene a realizar con motivo de presentación del alegato de conclusión, dentro de la oportunidad señalada para ello (folio 93 y ss. del exp.), indicando concretamente los casos, la Sala interpretando el libelo sí alcanza a percibir que se invoca la doble votación como producto de una doble inscripción de la misma cédula en varias mesas del municipio de Puerto Boyacá, por lo cual se entrará a decidir a continuación.

La Sala no se pronunciará sobre los casos que supuestamente se pudieran haber dado en el municipio de Victoria, por cuanto, ni en la demanda inicial ni en la de corrección, se impugnan los escrutinios correspondientes al mismo.

El cuaderno número 4 del expediente No. 0377 contiene las fotocopias autenticadas de los registros de votantes (formulario E-15) de las distintas mesas de votación que funcionaron en la cabecera municipal de Puerto Boyacá y en sus corregimientos e inspecciones de policía, de las cuales se deduce, en relación con los números de cédulas señalados por el actor en su alegato de conclusión, respecto de los cuales se pudo haber presentado casos de doble votación, lo siguiente:

I. Con cédula No. 783385 sólo sufragó en la mesa No. 2 de la cabecera municipal, el señor VELEZ FRANCISCO JOSE (Renglón 1, fl. 5). No se presenta, en cosecuencia, un caso de doble votación.

II. Con la cédula No. 1.292.860 sufragó en la mesa No. 2 de la misma cabecera municipal, el señor MORALES JOSE IGNACIO (renglón 94, fl. 6), y en la mesa No. 1, kilómetro 15, no aparece el citado número de cédula en el registro de votantes. En este caso el actor pudo confundir el número de la cédula que aparece en el renglón 6, fl. 147, CARRANZA LINO, que se diferencia del anterior en una sola cifra. No se presenta, por tanto, un caso de doble votación.

III. Con la cédula No. 1.397.417 sufragó en la mesa No. 3 de la misma cabecera municipal, el señor LOPEZ DUQUE JUAN CLIMACO (renglón 84, fl. 10) y en la mesa No. 1 de la Inspección de Policía "El Marfil", no aparece que con la precitada cédula se hubiere sufragado. No se presenta, tampoco, un caso de doble votación.

IV. Con la cédula No. 2.280.687, únicamente sufragó en la mesa No. 3, el señor CUTIVA FLOREZ ANGEL MARIA (renglón No.115, fl. 10). No aparece demostrado el cargo.

V. Con la cédula No. 3.550.750 sufragó en la mesa No. 5 de la cabecera municipal, DIAZ ALZATE HUMBERTO (No. de orden o renglón 160, fl. 18 vuelto), y en la mesa No. 1 del corregimiento de "Centro Calderón " del mismo municipio, no aparece sufragando persona alguna con dicha cédula (fl. 151 y ss.). No prospera.

VI. Con la cédula No. 7.246.959 votó en la mesa No.10 de la cabecera municipal, URQUIJO PALMA GUSTAVO (renglón 28, folio 37). En la mesa No. 1 del corregimiento de "Aguanegro" (renglón No. 44, fl. 138 vuelto), aparece el señor VERGARA ARBOLEDA GILDARDO, sufragando con la cédula de ciudadanía No. 7.246.954 similar a la mencionada anteriormente, salvo en cuanto a la última cifra que puede ser 4 ó 9. Esa duda no permite estructurar el cargo formulado de doble votación.

VII. Con la cédula No. 7.246.991, en la mesa No.10 de la cabecera municipal sufragó ZAPATA MARULANDA LUIS OCTAVIO (renglón 141, fl. 38), y en la mesa No. 9 de la misma no aparece persona alguna sufragando con dicha cédula, por lo que no aparece demostrado el cargo.

VIII. Con la cédula No. 7.247.117, sufragó en la mesa No.10 de la cabecera, únicamente CAMPOS BOCANEGRA JOSE ALIRIO (renglón 190 del orden de votación, fl. 39). No prospera el cargo.

IX. Con la cédula No. 7.247.696 aparece votando el señor GOMEZ CEBALLOS JOSE EDILBERTO (renglón 48, fl. 41 vuelto) en la mesa No. 1 del corregimiento de Puerto Serviez (folios 182 a 184), no aparece relacionado dicho documento en la mesa No. 11, por lo que no prospera el cargo.

X. Con la cédula No. 7.248.033 sufragó en la mesa No. 22 de la cabecera municipal, RAMOS MUÑOZ RAFAEL ANTONIO (renglón 21, fl. 81), y en la

mesa No. 1, Pozo 2 Boyacá (renglón 25, fl. 168) aparece sufragando con la misma cédula RIVERA QUINTERO HECTOR DARIO.

Según el formulario E-14, Lista de Sufragantes, en la mesa 22 indicada no podía votar ningún ciudadano con cédula de ciudadanía diferente a una comprendida entre los números 23.894.605 y 23.896.094, excepción de los integrantes del jurado de votación; estos, según el mismo formulario, lo hicieron con las cédulas Nos. *7.248.053,* 7.246.441, 7.249.247, y 7.245.988, entre otras que no vienen al caso por no empezar por siete millones.

Según el formulario E-15, Registro de Votantes, entre otros, votaron los titulares de las cédulas *7.248.033* (Ramos Muñoz Rafael Antonio), 7.246.441 (Torres González Luis), 7.249.247 (Cuadrado Fonseca Luis Enrique) y 7.245.988 (Buriticá Carlos Enrique).

Lo anterior, indica que simplemente se trató de un error en el "Registro de Votantes", o que se trató de algo premeditado para dejar configurada, para más adelante, una causal de nulidad de toda la votación. En uno u otro caso, es claro que la Sala no puede acceder a dar por establecido el cargo en cuanto a esta mesa: en el primer caso, por cuanto un error no configura nulidad por falsedad, material o ideológica; en el segundo evento, por cuanto si cuatro ciudadanos -los jurados de votación- podían sufragar en esa mesa con sus cédulas no comenzadas por veintitrés millones y esos mismos cuatro al parecer fueron los que sufragaron, no se puede llegar a la conclusión de que hubo falsedad. No prospera el cargo.

XI. Con la cédula de ciudadanía No. 7.248.839 sufragó el señor Franklyn Montoya Palacio (renglón 57, fl. 41 vuelto), en la mesa No. 11 de la cabecera municipal, y en la misma mesa en el número de orden 106 (fl. 42) aparece la cédula No. 7248.39, cuya cifra 5° no se puede determinar si es 2 u 8, con la cual sufraga Carlos Enrique Reyes Barbosa. Por ello, el señor consejero ponente, con anuencia de la Sala, para aclarar ese punto oscuro o dudoso, en ejercicio de la facultad que le concede el art. 234, inciso final, del C.C.A., dispuso oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, Jefatura de Cedulación, para que certificara sobre las cédulas de ciudadanía que corresponden a los ciudadanos Montoya Palacio y Reyes Barbosa.

El indicado funcionario, mediante comunicación u oficio de febrero 1o. del presente año, expresa que: "la cédula de ciudadanía No. 7.248.838 fue expedida 23 sep/80 a FRANKLYN MONTOYA PALACIO.

"La cédula de ciudadanía No. 7.248.839 fue expedida 23 sep/80 en Puerto Boyacá (Boy.) a CARLOS ENRIQUE REYES BARBOSA..."

Como según el formulario E-14 correspondiente a la precitada mesa No. 11, la cédula de ciudadanía No. 7.248.838 estaba autorizada para que con ella se sufragara en la mesa, y, de otro lado, ninguna otra persona aparece votando con el mismo número de cédula, debe concluirse que se trató de un error de los jurados

de la mesa de votación que anotaron el número 7.248.839 de manera equivocada cuando lo hizo el ciudadano Montoya Palacio Franklyn, y, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

XII. La cédula 7.250.034 no aparece registrada en el formulario E-15 correspondiente a la mesa 13; por el contrario, con ella se sufraga en la mesa No. 2 del corregimiento "El Marfil", por el ciudadano Rodríguez Osorio Manuel (renglón 40, fl. 164). No prospera, en consecuencia, el cargo formulado.

XIII. Con la cédula No. 7.250.071 sufragó en la mesa No. 12, el señor Gallego Agudelo Albeiro (renglón 61, fl. 45), y en la mesa No. 13 no figura registrado el referido documento (fls. 49 a 51). No prospera, por tanto, el cargo.

XIV. Con la cédula 7.250.231 sufragó en la mesa No. 13, el señor Lugo Alcalá Walter (renglón 71, fl. 49 vuelto). Esa es su cédula según constancia de la Registraduría Nacional de 1o. de febrero del presente año, expedida en razón del auto para mejor proveer que se dictó. En la misma mesa figura en el orden de votación 170, el mismo número de cédula (7.250.231), con la cual votó Guerra Narváez José Adán (fl. 51); según la constancia de la Registraduría Nacional precitada, la cédula que realmente corresponde al mencionado ciudadano Guerra Narváez es la No. 7.250.131, la cual estaba autorizada para que con ella se votara en la mesa, según se desprende del formulario E-14 de esa mesa. En consecuencia, se trató de un error de los jurados, lo que hace que el cargo no prospere, si se tiene en cuenta, por lo demás, que con la cédula 7.250.131 no aparece que se hubiera sufragado por dos ciudadanos.

XV. Con la cédula 7.250.635 sufragó en la mesa No. 2 del corregimiento de Puerto Palagua, el señor Ramírez Sánchez Alonso (renglón 54, fl. 179 vuelto). Ese mismo número no fue relacionado en el formulario E-15, correspondiente a la mesa No. 3 indicada por el actor, por lo cual tampoco prospera el cargo.

XVI. Con la cédula de ciudadanía 7.251.180 únicamente vota en la mesa No. 14 el ciudadano Gómez Betancur Adolfo León (renglón 92, fl. 51). Por ello no prospera el cargo.

XVII. La cédula 7.251.279 no figura relacionada en el registro de votantes de la misma mesa No. 14, y por ello no prospera el cargo.

XVIII. Con la cédula 7.251.445 únicamente sufragó en esa mesa No. 14, el señor Guzmán Navarro Nicanor (renglón 47, fl. 53). No prospera el cargo.

XIX. Con la cédula 7.252.185 sufragó únicamente en la mesa de votación No. 15, el señor Caicedo Rivera Rodolfo (renglón 26, fl. 56). No prospera el cargo.

XX. Con la cédula 20.827.237 sufragó en la mesa de votación No. 1, corregimiento de Pozo 2 Boyacá, únicamente la señora González de Ordóñez Alfonsina (renglón 45, fl. 168 vuelto). No prospera el cargo.

XXI. Con la cédula 21.861.947, únicamente vota en la mesa No. 20, la señora Herrera Pulgarín Edilma Rosa, corregimiento de Pozo 2 Boyacá, (renglón 167; fl. 75). No prospera el cargo.

XXII. En la mesa de votación No. 21, sufragaron, una sola vez, con las correspondientes cédulas de ciudadanía, las siguientes personas: a) con la No. 23.271.912, la señora Díaz de Susa Marleny Lucila (renglón 19, fl. 77); b) con la No. 23.893.345, la señora Córdoba viuda de Virguez Rosa María (renglón 17, fl 77); y c) la cédula 23.849.238 no aparece incluída en el formulario E-15 de la mesa. En consecuencia no prospera el cargo.

XXIII. En relación con la mesa No. 22, aparece lo siguiente:

a) Con la cédula 23.894.723 sufraga únicamente la señora Hernández Inés (renglón 62, fl. 81 vuelto), por lo cual no prospera el cargo.

b) Con la cédula 23.895.541 sufragó únicamente Osorio Hernández Cecilia, y, en consecuencia no prospera el cargo.

c) Con la cédula 23.896.308 aparece sufragando en la mesa la señora Vargas Blanca Miryam (renglón No. 55, fl. 81 vuelto). Este mismo número de cédula aparece relacionado en la mesa No. 2 del corregimiento de "El Marfil" (renglón 044, fl. 164 vuelto, y con él vota Castaño de Osorio Martha de los Angeles).

Como según el formulario E-14 de esas mesas, sólo estaba autorizada para votar la cédula 23.896.308, con la cual lo hizo en la mesa No. 2 del corregimiento de "El Marfil", la señora Castaño de Osorio Martha de los Angeles, *prospera el cargo* en cuanto a la mesa No. 22 de la cabecera municipal.

XXIV. En la mesa No. 23 no aparece sufragando persona alguna con la cédula 23.897.645, con la cual sí aparece votando en la mesa No. 24, la señora Villalobos Poso Judith (renglón 60, fl. 89 vuelto). No prospera el cargo.

XXV. Con la cédula 46.640.288, sufraga únicamente en mesa No. 29, la señora Guzmán Robles Blanca Ovidia (renglón 120, fl. 110). No prospera el cargo.

XXVI. Con la cédula 46.640.392, en la mesa 27 sufragó únicamente la señora Patiño Infante María Elsa (renglón 176, fl. 103), y en la mesa 28 no aparece registrada en el formulario E-15 dicha cédula. No prospera el cargo.

XXVII. Con la cédula 46.642.199 en la mesa No. 30 sufragó Mahecha Balsermira (rengló 93, fl. 114), y en el formulario E-15 correspondiente a la mesa No. 3 del corregimiento de Puerto Palagua (folios 176 a 180), no aparece registrada dicha cédula. No prospera el cargo.

XXVIII. En la mesa No. 30, con el número de cédula 46.642.205 únicamente sufraga Concepción Laguna (renglón 55, fl. 113 vuelto). No prospera el cargo.

XXIX. La cédula 6.642.437 no figura en el registro de votantes de la mesa No. 31. Con la cédula 46.642.437 únicamente sufragó la señora Gutiérrez Flor María (renglón 73, fl. 117 vuelto). No prospera el cargo.

XXX. Con el número de cédula 46.643.227 en la mesa No. 32, únicamente sufragó la señora Montoya Valencia Aseneth Esmila (renglón 179, fl. 123), y por ello no prospera el cargo.

XXXI. Con la cédula 46.643.339 sufragó la señora López Arias Magaly (renglón 114, fl. 122), que es, según la constancia de la Registraduría Nacional allegada con motivo del auto para mejor proveer, la titular del documento de identificacion. En la misma mesa vota Susana Pulido, cuyo número de cédula no posible precisar; la Registraduría hace constar en la constancia referida, que se encuentran dos homóninos, la una con cédula 63.272.625 expedida en Bucaramanga y la otra con la No. 46.643.639; esta última estaba autorizada para sufragar en la mesa No. 32 que se viene refiriendo la Sala, razón por la cual se trató de un error de los jurados, y, en consecuencia, no prospera el cargo.

XXXII. La cédula No. 46.643.696 no aparece registrada en el formulario E-15 de la mesa No. 31 de la cabecera municipal, al paso que sí la está en la mesa No. 36. No prospera, entonces, el cargo de doble votación.

XXXIII. Finalmente, en relación con la cédula 46.644.733 no podría precisarse si fue registrada en el formulario E-15 de la mesa No. 34, pues en el orden de votación 91, aparece un número similar al citado, sin que pueda afirmarse que la séptima de sus cifras es 8 o 3, lo que no ocurre en la mesa No. 33 en cuyo renglón 50 aparece sufragando con esa cédula el ciudadano Cotamo Avilez Berlindez (fl. 125 vuelto). La cédula 46.644.783 estaba autorizada para sufragar en la mesa No. 34 indicada. Ante esas circunstancias el cargo no prospera.

No obstante, la sala no debe dejar de observar que correponde a las partes, fundamentalmente, y no al juez a quien no se le debe dejar toda la tarea, procurar allegar la prueba plena que conduzca al juzgador a tomar una decisión sin lugar a duda alguna. Por ello, en casos como el examinado en último término, correspondía a la parte actora buscar aclarar si la cédula indicada correspondía al número 46.644.733 o al 46.644.783, aportando, como se hizo en algunos casos mediante el auto de mejor proveer que sólo se podía dictar por una sola vez, la certificación o constancia sobre los titulares de las cédulas indicadas, cosa que no se hizo. Los repetidos errores, de buena o de mala fe, de los jurados de las mesas de votación, que ha tenido oportunidad de observar la Sala en este y otros procesos, no pueden conducir a declaratorias de nulidad, ni es ético que los interesados en un proceso electoral se aprovechen o traten de aprovecharse de esos errores, para obtener la modificación del real resultado del proceso eleccionario, para lo cual se valgan

del sencillo expediente de señalar casos de doble o triple votación en una misma o en varias mesas que indican y cuyos formularios o registros hacen llegar a juicio, pero con la deficiencia de no probar los reales titulares de los documentos de identificación que no aparecen claramente señalados en esos formularios o registros.

En esta forma, queda decidida la demanda presentada por el ciudadano Jorge Enrique Valencia Martínez.

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:

1o. DECLARASE la nulidad del Acuerdo número 2 de mayo 3 de 1990, proferido por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto por su artículo segundo se hace la declaratoria de elección de Senadores, por la Circunscripción Electoral Boyacá y Casanare, para el período 1990-1994, y por el artículo quinto del mismo se ordena expedir las respectivas credenciales, teniendo para ello en cuenta los registros electorales correspondientes a las mesas de votación única o No. 1 de la Inspección de Guayabal, municipio de Maripí, número 5 del municipio de Pauna y La Mesa No. 22 del municipio de Puerto Boyacá.

2o. Como consecuencia de la nulidad decretada, se ordena que excluyan del cómputo general de votos emitidos en la Circunscripción Electoral de Boyacá y Casanare, según lo determinado por el Consejo Nacional Electoral en el acto anulado, los votos emitidos en las mesas de votación única o No. 1 de la Inspección Guayabal, municipio de Maripí, número cinco (5) del municipio de Pauna y número veintidós (22) del municipio de Puerto Boyacá, para Senadores por aquella.

3o. Para la práctica de la diligencia de nuevos escrutinios que debe realizarse por la Sección, se señala el cuarto día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, a partir de las diez a.m.(10 a.m.), en la Sala Plena del Consejo. La Secretaría solicitará a la Registraduría Nacional del Estado Civil, la remisión del original o copia autenticada de los formularios E-17 -Acta de instalación y escrutinio del jurado de votación -correspondientes a las mesas de votación No. 1 o única de la inspección de Guayabal, municipio de Maripí, y cinco (5) del municipio de Pauna, que no se encuentran dentro del proceso.

4o. Si como consecuencia de los nuevos escrutinios que practique la Sección se modificare el resultado electoral, en cuanto hace relación a los Senadores que corresponde elegir a la Circunscripción de Boyacá y Casanare, se expedirán las

credenciales a los que resulten elegidos según ellos y, por el mismo hecho, quedarán sin valor ni efecto las expedidas a otras personas (art. 249 del C.C.A.).

5o. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTA DE ESCRUTINIO/ FALSEDAD IDEOLOGICA/ REGISTRO ELECTORAL/ REGISTRO FALSO/ CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL/ ESCRUTINIO/ NULIDAD ELECTORAL

El acta general de escrutinio municipal, aunque no es materialmente falsa, ideológicamente sólo es verdadera en cuanto computa los votos depositados en dos corregimientos, pues da cuenta que el escrutinio no se pudo llevar a efecto con relación a 13 de las 17 mesas de votación asignadas al municipio. Por limitarse el acta de escrutinio a 4 mesas de dos corregimientos, no es dable tenerla como escrutinio general de la circunscripción electoral de Chivolo, que tiene asignado un total de 17 mesas. Tal carácter le asignó el Consejo Nacional Electoral, lo que ideológicamente no corresponde a la verdad, porque ni hubo elecciones en ese municipio ni la comentada acta refiere la realización de escrutinio municipal. Ello es suficiente para configurar la causal de nulidad invocada.

INSCRIPCION DE CEDULAS - Irregularidad/ **FALSEDAD INOCUA**

Aún dada la ilegal inscripción, si no se utiliza ese documento para ejercer el sufragio, la falsedad de la lista de sufragantes resulta inocua frente al proceso electoral cuya pureza busca cautelar las causales de nulidad previstas en el art. 223 del C.C.A. Los informes sobre la irregularidad de la inscripción carecen de valor probatorio porque no fueron ordenados, carecen de fundamentación, como lo exige la ley procesal respecto de los dictámenes periciales y, con igual razón, de los informes que se pueden solicitar de los representantes administrativos de las entidades oficiales, y porque no reúnen los requisitos de publicidad y contradicción, esenciales a todo medio probatorio para que se lo pueda apreciar.

PROCESO ELECTORAL/ EXCEPCION DE FONDO/ COMPETENCIA/ FALLO INHIBITORIO - Improcedencia

La excepción propuesta no tiene entidad como excepción de fondo, capaz de enervar la posibilidad de examinar el mérito de las restantes pretensiones, el que se alegue la incompetencia del juzgador respecto de una ellas. Basta simplemente con denegar esa pretensión para pasar a resolver de las demás, pues ni siquiera tratándose de indebida acumulación es dable proferir fallo totalmente inhibitorio.

AUTO PARA MEJOR PROVEER

La norma en que se apoya el pedimento establece dos limitaciones a la posibilidad de disponer, en la oportunidad procesal de decidir, que se practiquen pruebas: que se trate de las necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. En cuanto a la necesidad de la prueba, es viable; pero no se da la segunda exigencia de la norma, pues no obrando en los autos medio probatorio alguno legalmente producido y, por ende, idóneo para demostrar el aspecto cuestionado, no se configura el requerimiento atinente al esclarecimiento de "puntos oscuros o dudosos de la contienda".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., ocho (8) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0394. Proceso electoral, en el que se demanda la nulidad del acto declaratorio de la elección de Senadores por la Circunscripción Electoral del Magdalena, para el período constitucional 1990-1994. Actor: José Ignacio Díaz Granados A.

En oportunidad, es decir, cuando aun no se había producido la caducidad de la acción, el señor JOSE IGNACIO DIAZ GRANADOS ALZAMORA, por conducto de apoderado, demandó la nulidad del acto declaratorio de la elección de miembros del Senado de la República por la circunscripción electoral del Magdalena, contenida en el Acuerdo No. 5 de 31 de mayo de 1990, expedido por el Consejo Nacional Electoral.

Agotada la etapa previa al pronunciamiento del fallo, en el que las partes alegaron de conclusión y la señora Fiscal Séptima colaboradora aportó concepto contrario a las pretensiones del actor, no observando causal de nulidad ni impedimento procesal para la sentencia de mérito, se pasa a decidir lo que en derecho corresponde en atención a los siguientes:

ANTECEDENTES

I. *LA DEMANDA.*

I.a. En el escrito de demanda consigna las pretensiones el actor, solicitando se declare:

"PRIMERA.- Que es nulo el Acuerdo Número 5 de mayo 31 de 1990, proferido por el Consejo nacional (sic) Electoral y leído en estrados durante la audiencia celebrada el día 7 (siete) de junio de 1990, "Por el cual se resuelven los recursos de apelación presentados durante los escrutinios generales de las elecciones del 11 de marzo de 1990 en la Circunscripción Electoral del Magdalena", pero solamente en cuanto por dicho Acuerdo se declaró la elección de senadores por la circunscripción electoral del Magdalena, para el período constitucional de 1990 a 1994".

"SECUNDA.- Que se declaren igualmente nulas las Resoluciones números 009 y 020 proferidas respectivamente el 20 y 27 de marzo de 1990 por los Delegados del Consejo nacional (sic) Electoral, mediante las cuales, contrariando claras disposiciones legales, se negaron o no se tramitaron reclamos bien fundados".

"TERCERA.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene practicar y efectivamente se practique por esa Corporación, si fuere el caso, un nuevo escrutinio, únicamente para la elección al Senado de la República por la circunscripción electoral del Magdalena, para el período constitucional de 1990 a 1994, con base en los siguientes registros que no resulten afectados de nulidad en el presente proceso: a) los correspondientes a las elecciones del pasado 11 de marzo de 1990; b) los correspondientes a las nuevas elecciones que en este proceso se decrete realizar, y c) previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren o exclusión de los registros que conforme a la ley no deban ser computados".

"CUARTA.- Que con base en los resultados que se obtengan de los nuevos escrutinios, se haga una nueva declaración de elección de Senadores por la circunscripción electoral del Magdalena, para el período constitucional comprendido entre los años 1990 y 1994, se expidan las respectivas credenciales de Senadores en reemplazo de las anteriormente expedidas, y se comuniquen las anteriores novedades a las autoridades que deban conocerlas, lo que se hará por medio de oficios dirigidos al Ministro de Gobierno, al Presidente del Senado de la República, a los Miembros del Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el Departamento del Magdalena, y al Gobernador del Departamento del Magdalena". (folios 33 a 35 fte del C. principal).

I.b. Fundamentos de hecho de la demanda.- El aludido Acuerdo del Consejo Nacional Electoral, es acusado al tenor de los siguientes hechos:

"A. RESPECTO AL MUNICIPIO DE CHIVOLO

1o. Como es sabido, el día 11 de marzo pasado se celebraron en todo el territorio nacional las elecciones para corporaciones públicas, alcaldes municipales y consulta popular del liberalismo.

2o. A las 7:30 a.m. del día de las elecciones se produjo, como hecho premonitorio de los actos de violencia que caracterizaron la jornada electoral en la circunscripción de Chivolo, la quema de un vehículo automotor, el cual se dirigía de ese municipio al corregimiento de La Estrella (ver comunicación del alcalde de Chivolo de marzo 12 de 1990).

3o. En informe oficial dirigido por el Segundo Comandante del Batallón Córdova, a la Gobernadora del Magdalena, se hizo constar este hecho en los siguientes términos:

"'A las 08:50 horas aproximadamente llega la información por parte del señor DAGOBERTO ORSCO (sic) BARRIOS, que en el corregimiento de La Estrella posibles subversivos interceptaron vehículo jeep J-2000 color rojo carrocería amarilla haciéndole varios disparos y quemándolo posteriormente, de propiedad del señor PEDRO GAMARRA SANCHEZ, dande (sic) anotaron no dejar pasar a vehículos y personas que se dirigieran a las urnas'".

...".

4o. Al conocerse la anterior noticia, media hora antes de la hora señalada para iniciar los comicios, varios candidatos, jurados, autoridades y votantes seria y fundadamente atemorizados, se opusieron a la realización de las elecciones (ver comunicación del alcalde de Chivolo de marzo 12 de 1990), por falta de garantías para los partícipes.

5o. Serenados los ánimos, y luego de que el Registrador Municipal del Estado Civil había sustituido a varios jurados de votación que atemorizados habían renunciado a su cargo, a las 9:55 a.m., es decir, con casi dos horas de retardo, se dio finalmente inicio a las elecciones en este municipio.

6o. Cuando apenas habían transcurrido unos pocos minutos "a las 10:20 aproximadamente, vino una alarma de que había un tiroteo en la periferia del pueblo escuchando esto los Jurados y personas sufragantes se lanzaron en maza "(sic)" dispersándose en diferentes partes dejando abandonadas las mesas y urnas yo pude analizar que los primeros que emprendieron la balancha "(sic)" fueron los Jurados de las mesas se presume que los hechos estaban planeados por personas que tenían interes (sic) creados a que las elecciones (no) (sic) se efectuaran en el día de hoy en esta canacera "(sic)" municipal..." (texto extraído del "informe sobre suspensión comicios elec-

torales", de fecha marzo 11 de 1990, suscrito por el Comandante de la Policía de la Estación Chivolo.).

7o. Estos mismos hechos son relatados por el Alcalde de Chivolo, en carta a la Gobernadora del Magdalena, en los siguientes términos:

"En Chivolo Magdalena, a los once (11) días del mes de marzo, se citó a elecciones como lo tenía programado el Gobierno Nacional, no se pudieron llevar a efectos (sic) porque se iniciaron actos perturbatorios del orden público, como la quema de un vehículo que se trasladaba de Chivolo al corregimiento de La Estrella...

El suscrito Registrador del Estado Civil puso en conocimiento de la autoridades (sic) electorales y militares, sobre la suspención "(sic)" del hechos de los comicios; recibiendo el Registrador las instrucciones pertinentes; procedió a notificar a los jurados para que las elecciones se iniciaran, como efectivamente sucedió. Estas se iniciaron con la participación de un sólo grupo y a la media hora de haberle dado inicio a las elecciones se escucharon detonaciones en las proximidades del pueblo, lo cual sembró el pánico, hubo una desvandada "(sic)" total; siendo aproximadamente las 10:30 a.m., los jurados y los electores salieron a refugiarse en sus casas... los jurados al ser citados por el registrador no concurrieron en su totalidad, motivo por lo cual no se siguió con las elecciones".

8o. "... los documento (sic) electorales correspondientes a la cabecera municipal fueron recogidos por el (Registrador Municipal) en las mesas de votación donde fueron abandonados por los jurados de votación al presentarse alteración en el orden público... los documentos de Pueblo Nuevo no fueron entregados por su Delegado quien adujo haberlos dejado en la Inspección de Policía de ese lugar por no disponer de medios de transporte y seguridad y que tales documentos fueron abandonados por los jurados de votación ante la presencia de personas armadas que al parecer constituyen un grupo guerrillero". (ver informe del Registrador Municipal a los escrutadores municipales).

9o. El día trece (13) de marzo se reunieron en la cabecera del municipio de Chivolo los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal, con el objeto de practicar el escrutinio municipal, que no fue posible efectuar por causa de los acontecimientos mencionados. De la cabecera municipal no se hizo siquiera cómputo de votos. Los votos de Pueblo Nuevo nunca llegaron a la cabecera municipal. En este sentido dejaron constancias escritas los miembros de la Comisión. En tal virtud, lo que hubiera debido ser un acta de escrutinio se convirtió en una constancia más de los irregulares acontecimientos y de la inocuidad de contar votos de una elección no realizada.

10o. Todo lo anterior fue confirmado durante el escrutinio general del departamento (sic) del Magdalena, en el que se dejaron expresas constancias

de las autoridades electorales, en particular de los Delegados del Consejo Nacional Electoral (ver Acta General del Escrutinio Departamental, con fecha marzo 18 de 1990).

11o. Los mismos Delegados del Consejo nacional (sic) Electoral, en marzo 21 de 1990, informaron a la Gobernadora del Magdalena que '"el día 11 de los corrientes no pudo, cumplirse a cabalidad el proceso electoral en el municipio de Chivolo, por circunstancias de orden público"'. Como consecuencia de esos hechos le solicitan los Delegados del Consejo Nacional Electoral '"se determinen la oportunidad y forma de convocatoria a nuevas elecciones en dicho municipio"'.

12o. En carta de fecha mayo 31 de 1990 dirigida por la Gobernadora del Magdalena al Ministro de Gobierno, la dignataria afirma '"que en dicho municipio de Chivolo, el día11 de marzo de 1990, no hubo elecciones, no hubo escrutinio y no hubo credencial para alcalde. Se desprende de esta comunicación en forma clara la certidumbre que la primera autoridad administrativa del Magdalena tiene sobre la no realización de las elecciones en Chivolo, por causa de graves hechos de perturbación del orden público.

13o. La Gobernadora procedió a elaborar un proyecto de decreto, convocando a nuevas elecciones, el cual envió al señor Ministro de Gobierno, sin que hasta la fecha del presente escrito se conozca alguna determinación al respecto por parte del Ministerio de Gobierno nacional (ver comunicación de fecha marzo 26 de 1990).

14o. Paradójicamente, en tanto que para todas las autoridades civiles, militares y electorales competentes en las respectivas circunscripciones municipal y departamental, estaba claro y sin lugar a dudas que el día 11 de marzo en el municipio de Chivolo no hubo ni elecciones ni escrutinio, por causa de los hechos de perturbación del orden público que hicieron imposible el desarrollo de las elecciones, el Consejo Nacional Electoral, con asiento en la ciudad de Bogotá y ochenta (80) días después, conjeturó que sí había habido elecciones y ordenó que se realizara el escrutinio respectivo.

15o. En atención a las instrucciones del Consejo Nacional Electoral, el día 1° de julio de 1990, se realizó en Chivolo un escrutinio para determinar el alcalde y los concejales electos, que no para senadores, representantes y diputados.

16o. En el acta que resultó de ese pretendido escrutinio, respecto de la cabecera municipal de Chivolo, se expresó:

'"No se contabilizó la votación debido a que las actas de jurados de votación no fueron diligenciadas ni firmadas"'.

17o. Lo anterior, a pesar de la opinión del Consejo Nacional Electoral, es una prueba más, contundente y fehaciente, de que en el municipio de Chivolo no se desarrollaron las elecciones el día 11 de marzo".

"B. RESPECTO A LOS MUNICIPIOS DE SANTA ANA Y SAN ZENON

1o. En el municipio de Santa Ana (cabecera municipal y corregimientos) se presentó un alto número de inscripción de cédulas foráneas.

2o. Esta situación motivó la realización de un cotejo dactiloscópico por parte de la Registraduria Nacional del estado (sic) Civil, sobre los formularios E-3 del municipio de Santa Ana y los corregimientos anexos, según el cual gran parte de las cédulas no fueron inscritas de manera personal por sus titulares.

3o. Esta falta de correspondencia tuvo origen en el hecho de que ciertas personas recogieron cédulas pertenecientes a habitantes del municipio de Mompós (Departamento de Bolívar) y procedieron a inscribirlas en los sitios indicados, en especial en el corregimiento de Pijiño. Como los titulares de estas cédulas no se encontraban, las inscribía una sóla persona, razón por la cual las huellas dactilares en el formulario de inscripción no corresponden al de las personas inscritas. Luego, el día de las elecciones, estas personas fueron transportadas del departamento vecino con el fin de que depositaran su voto en donde estaban irregularmente inscritas.

4o. El cotejo dactiloscópico practicado por la Registraduria Nacional del Estado Civil, según oficio de fecha mayo 22 de 1990, suscrito por la jefe de la división de cedulación, produjo el siguiente resultado:

Lugar	Cotejos realizados	Imposible Cotejo	No Alfabet.	No Corresponde
Santa Ana	848	48	14	35
Barro Blanco	123	10	2	0
Cabrera	636	324	7	49
Filadelfia	164	30	11	2
Jaraba	27	4	0	0
Pijiño	434	304	9	9
Pinto	259	92	8	4
San Fernando	163	37	14	5
San José de Prevención	135	9	14	0
San Pedro	40	18	4	0
Santa Rosa	157	28	13	84
Veladero	43	9	0	0

5o. Similares hechos acontecieron en el municipio de San Zenón (cabecera municipal y corregimientos anexos), en donde las inscripciones de votantes se realizaron de manera fraudulenta.

6o. Los electores fraudulentamente inscritos depositaron su voto el día de la elección, como se demostrará en el presente proceso".

"C. RESPECTO AL MUNICIPIO DE PUEBLO VIEJO

1o. La votación para Senado de la República en este Municipio, anotada en el acta de escrutinio municipal no corresponde a la consignada en las urnas y en las correspondientes actas de los jurados de votación.

2o. Los resultados electorales que aparecen en el acta de escrutinio municipal, para senado, en Pueblo Viejo, corregimientos de Isla del Rosario y Tasajeras, no corresponden a la realidad de la votación según las actas de los jurados de votación. La comparación de los resultados de ambas circunscripciones *según las actas de los jurados de votación* permite comprobar esa situación:

Isla del Rosario

Mesa No.	Dangond	Díaz Gr.	Escobar	Pinedo	Vives
1	9	1	1	3	4
2	18	42	18	105	74
3	21	33	13	62	61
4	26	33	7	60	85
5	27	54	31	77	70
6	27	37	16	83	80
Total	128	200	86	390	374

Tasajeras

Mesa No.	Dangond	Díaz Gr.	Escobar	Pinedo	Vives
1	69	9	28	108	37
2	66	13	39	107	29
3	57	9	39	103	46
4	55	7	34	94	53
5	77	84	28	126	35
6	37	7	29	128	45
7	57	14	28	98	46
8	13	2	9	11	4
Total	431	145	234	775	295

3o. Se aprecia cómo los resultados de la votación para el corregimiento de Isla del Rosario son otros a los consignados en el Acta de Escrutinio Municipal de Pueblo Viejo. Pudo tratarse, y el anterior cuadro permite esa conclusión, de una confusión que llevó a transcribir, aún con ciertos errores adicionales, los resultados del corregimiento de Tasajeras dos veces: una, para Tasajeras, como correspondía, y la otra, equivocadamente, en Isla del Rosario. De esta manera, los resultados reales de Isla del Rosario se encuentran aún sin contabilizar.

4o. Así fue cómo, en el formulario E-25, (telegrama circular) de fecha marzo 12 de 1990, es decir, una vez practicado el escrutinio por parte de los jurados de votación, se informó una votación para el corregimiento de Isla del Rosario, distinta a la finalmente consignada en el acta general, todo pues indica el error anotado.

5o. En su oportunidad se presentó reclamación en ese sentido ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes inexplicablemente no encontraron la equivocación". (fls. 35 a 43 fte, del C. principal).

I.c. Fundamentos de derecho de la demanda. Se relacionan en dicho libelo, como disposiciones violadas, numerosas normas constitucionales y legales, así:

"Constitución Política: artículos 16, 171, 172, 179, 180, 200 y 201".

"Código Electoral: (Decreto 2241 de 1986) artículos 1°, 2°, 6°, 128, 142, 144, 145, 152, 153, 155, 163, 169, 170, 182, 184, 185, 186, 192, ordinales 3° y 7°, y 193".

I.d. El concepto de la violación se refiere, de modo general, a las numerosas disposiciones invocadas, particularizando sólo sobre algunas de ellas. En síntesis expresa:

Que la acción instaurada es de naturaleza electoral, contenida en el Art. 227 del C.C.A. en concordancia con el 223 *ibídem*.

Pasa a destacar que la Carta Constitucional consagra la elección directa de algunos funcionarios y miembros de Corporaciones Públicas, mediante el sistema de la representación popular (Arts. 171 y 172 de la Constitución), correspondiendo a las autoridades la obligación de proteger el derecho al sufragio (Art. 2° del Decreto 2241 de 1986).

También la Constitución reconoce a todos los ciudadanos el derecho a elegir y ser elegido (Artículos 15 y 172), como garantía de la libertad pública, restringible sólo por la misma Constitución y la Ley, razón por la cual la ley electoral regula el proceso de elecciones, estableciendo condiciones de validez y consecuencias por infracciones a las normas esenciales que buscan mantener la pureza electoral.

Seguidamente, en relación con el primer cargo formulado, concerniente a que no hubo elecciones en el municipio de Chivolo el 11 de marzo del pasado año, reitera lo expresado en los hechos de la demanda para concluir que, al tener en cuenta el Consejo Nacional Electoral algunos votos allí emitidos en circunstancias de grave perturbación del orden público, que impidieron el desarrollo de las elecciones, se motivó falsamente el Acuerdo acusado por haberle dado un alcance erróneo al acta de escrutinio municipal de ese lugar, pues allí consta que no fue posible la realización de los comicios, incurriéndose, entonces, en la causal de nulidad prevista en el numeral 2, del Art. 223 del C.C.A., amén de violar el Art. 128 del C. Electoral, por impedir con ello la realización de nuevas elecciones en el municipio aludido.

En cuanto al segundo cargo, atañedero a la inscripción ilegal de numerosas cédulas en los municipios de Santa Ana y San Zenón, cuyos titulares concurrieron a sufragar en esos lugares el 11 de marzo de 1990, sostiene que la falsedad o apocrifidad de las respectivas listas de sufragantes introduce factores de falsedad o apocrifidad en los registros electorales, en razón a los votos depositados con el respaldo en esas cédulas fraudulentamente inscritas (numeral 2, del Art. 223 del C.C.A.), agregando que el cargo lo dirige contra todas las actas de los jurados de votación de las mesas correspondientes a las cabeceras y a los corregimientos enunciados de esos municipios.

Ninguna norma legal se aduce como violada en relación al tercer cargo, concerniente a la confusión en que incurrió la comisión escrutadora municipal al escrutar los votos depositados en los corregimientos de Isla del Rosario y Tasajeras del municipio de Pueblo Viejo. Concluye el concepto de la violación sosteniendo que el escrutinio acusado, al dar "...por ciertos unos resultados con base en inscripciones fraudulentamente realizadas, en elecciones no desarrolladas o en virtud de las resoluciones expedidas (cuya nulidad también se pretende) que contabilizaron votos que legalmente se había debido excluir del cómputo y que excluyeron otros para los cuales la ley prevé su contabilización, está viciado de graves motivos de nulidad...". (fl. 54 fte).

Mediante providencia de once (11) de julio del pasado año se admitió la demanda (fls. 67 y 68), notificada en debida forma. Dentro del término de fijación del negocio en lista fue contestada por el abogado Hugo Escobar Sierra, en su calidad de demandado, como Senador electo por la circunscripción y para el período constitucional atrás determinados.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Además de impugnar las pretensiones por improcedentes, califica de inepta la demanda, como contraria a normas elementales de la "juridicidad Colombiana...", por cuanto en la pretensión tercera se solicita al Consejo de Estado decretar la realización de nuevas elecciones "...en la circunscripción electoral

del Magdalena, lo cual escapa, absoluta y completamente, a la órbita de sus competencias...".

Y en relación con los hechos, expresa:

"*MUNICIPIO DE CHIVOLO*"

"Los hechos 1o. a 17o., referentes al municipio de Chivolo, departamento (sic) del Magdalena, tal como están presentados o relatados son inexactos.

No es cierto, por una parte, que funcionarios y candidatos a las Corporaciones Públicas se hubiesen opuesto a la realización de las elecciones cumplidas en aquella municipalidad el 11 de marzo de 1990.

Sólo un grupo político local manifestó su decisión de abstenerse, en los términos de la comunicación enviada en aquélla fecha al Registrador del Estado Civil.

Elecciones hubo en el municipio de Chivolo el 11 de marzo, interrumpidas en la cabecera municipal y verificadas en los corregimientos de La Estrella, La China y Pueblo Nuevo. En este último lugar el Delegado Electoral, una vez recibidos los documentos electorales de los jurados de votación, los dejó abandonados en la inspección de policía dizque por carencia de transporte.

También tuvieron real efecto, conforme a la ley, los escrutinios municipales. Fue así como el 13 de marzo, a partir de las nueve (9:00 am.) de la mañana, la Comisión Escrutadora Municipal hizo el minucioso recuento de votos, cuyos resultados anotó en el acta respectiva, meticulosa y suficiente, mesa por mesa, como se aprecia en el acta correspondiente.

Posteriormente en Santa Marta, al iniciarse los Escrutinios Generales de la circunscripción electoral, el Delegado Departamental de la Registraduria Nacional del Estado Civil, doctor Antonio Vives Campo, informó que no existían las actas parciales del municipio de Chivolo. Entendiose en ese instante, por rumores y versiones que circulaban en la capital del Magdalena y en torno a la oficina de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que en aquél municipio no se habían hecho elecciones por razones y sucesos de orden público. Los Delegados del Consejo Nacional Electoral, doctores Arturo Trejos Jaramillo y Gerardo Salcedo Angulo, decidieron dirigirse a la Gobernadora indicándole debía hacer convocatoria de nuevas elecciones previa consulta con el Ministro de Gobierno y el Registrador Nacional del Estado Civil. Presente allí, en aquél instante, impugné la decisión, tal como consta en el acta de los escrutinios generales del Magdalena.

Mientras se adelantaban los antedichos escrutinios apareció el acta de los municipales de Chivolo en la oficina del doctor Vives Campo, Delegado de la Registraduría, y, además, las de los jurados de votación de los corregi-

mientos de La China y La Estrella, con base en las cuales solicité, como era de ley y de rigor, se computaran los votos correspondientes. Los Delegados del Consejo Nacional Electoral guardaron inexplicable silencio. Se abstuvieron de resolver, mediante resolución motivada, no obstante la petición escrita, reiterada por cierto, de quien suscribe este documento.

Previo estudio de la documentación respectiva el Consejo Nacional Electoral expidió el Acuerdo demandado y procedió a computar la votación del corregimiento de Chivolo consignada en las respectivas actas de escrutinio. Días después, el 1o. de julio, por órdenes o instrucciones del mismo Consejo Nacional Electoral, sus Delegados, los doctores Trejos y Salcedo, regresaron a la capital del Magdalena y realizaron el escrutinio formal del municipio de Chivolo, habiendo declarado la elección del Alcalde y de los Concejales, a quienes expidieron las correspondientes credenciales".

MUNICIPIOS DE SANTA ANA Y SAN ZENON

Tampoco son ciertos los hechos que se invocan como acontecidos en los municipios de Santa Ana y San Zenón, relatados en seis numerales. Da fé de nuestro acerto la resolución No. 0907 del 5 de marzo de 1990, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Obsérvese que en el hecho 3° de esta parte de la demanda se denuncian supuestas irregularidades en la inscripción de ciudadanos; ocurrieron, según esa versión solamente en el corregimiento de Pijiño; así lo alegó la parte demandante en los escrutinios generales de la circunscripción del Magdalena. Sin embargo, extiéndese el cargo a la totalidad de los corregimientos e Inspecciones del municipio de Santa Ana aunque luégo, (sic) seguidamente, explica el demandante, confiesa, en cuadro de su paternidad, que no hubo anomalías en los corregimientos de Barro Blanco, Jaraba, San José de Prevención, San Pedro y Veladero. El cargo, por lo demás, es inepto pues sólo sería dable en aquellas mesas o jurados de votación de ciudadanos inscritos para sufragar en las elecciones del 11 de marzo siendo imposible, de toda imposibilidad física, que pudiera darse dicha irregularidad en mesas donde se votó con base en las listas parciales de sufragantes elaboradas y tabuladas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Improvisando e imaginando cargos, el demandante los hace vagos, indeterminados e imprecisos respecto del municipio de San Zenón (véase hechos 5° y 6° del literal b), referente a los municipios antes mencionados)".

"*MUNICIPIO DE PUEBLOVIEJO*"

"También en los escrutinios generales de la circunscripción del Magdalena la parte demandante invocó *error aritmético* en el cómputo de las elecciones del municipio de Puebloviejo, reiterado ante el Consejo Nacional Electoral. Aunque la petición fue improcedente, los Delegados del Consejo Nacional

del Magdalena, lo cual escapa, absoluta y completamente, a la órbita de sus competencias...".

Y en relación con los hechos, expresa:

"*MUNICIPIO DE CHIVOLO*"

"Los hechos 1o. a 17o., referentes al municipio de Chivolo, departamento (sic) del Magdalena, tal como están presentados o relatados son inexactos.

No es cierto, por una parte, que funcionarios y candidatos a las Corporaciones Públicas se hubiesen opuesto a la realización de las elecciones cumplidas en aquella municipalidad el 11 de marzo de 1990.

Sólo un grupo político local manifestó su decisión de abstenerse, en los términos de la comunicación enviada en aquélla fecha al Registrador del Estado Civil.

Elecciones hubo en el municipio de Chivolo el 11 de marzo, interrumpidas en la cabecera municipal y verificadas en los corregimientos de La Estrella, La China y Pueblo Nuevo. En este último lugar el Delegado Electoral, una vez recibidos los documentos electorales de los jurados de votación, los dejó abandonados en la inspección de policía dizque por carencia de transporte.

También tuvieron real efecto, conforme a la ley, los escrutinios municipales. Fue así como el 13 de marzo, a partir de las nueve (9:00 am.) de la mañana, la Comisión Escrutadora Municipal hizo el minucioso recuento de votos, cuyos resultados anotó en el acta respectiva, meticulosa y suficiente, mesa por mesa, como se aprecia en el acta correspondiente.

Posteriormente en Santa Marta, al iniciarse los Escrutinios Generales de la circunscripción electoral, el Delegado Departamental de la Registraduria Nacional del Estado Civil, doctor Antonio Vives Campo, informó que no existían las actas parciales del municipio de Chivolo. Entendiose en ese instante, por rumores y versiones que circulaban en la capital del Magdalena y en torno a la oficina de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que en aquél municipio no se habían hecho elecciones por razones y sucesos de orden público. Los Delegados del Consejo Nacional Electoral, doctores Arturo Trejos Jaramillo y Gerardo Salcedo Angulo, decidieron dirigirse a la Gobernadora indicándole debía hacer convocatoria de nuevas elecciones previa consulta con el Ministro de Gobierno y el Registrador Nacional del Estado Civil. Presente allí, en aquél instante, impugné la decisión, tal como consta en el acta de los escrutinios generales del Magdalena.

Mientras se adelantaban los antedichos escrutinios apareció el acta de los municipales de Chivolo en la oficina del doctor Vives Campo, Delegado de la Registraduría, y, además, las de los jurados de votación de los corregi-

mientos de La China y La Estrella, con base en las cuales solicité, como era de ley y de rigor, se computaran los votos correspondientes. Los Delegados del Consejo Nacional Electoral guardaron inexplicable silencio. Se abstuvieron de resolver, mediante resolución motivada, no obstante la petición escrita, reiterada por cierto, de quien suscribe este documento.

Previo estudio de la documentación respectiva el Consejo Nacional Electoral expidió el Acuerdo demandado y procedió a computar la votación del corregimiento de Chivolo consignada en las respectivas actas de escrutinio. Días después, el 1o. de julio, por órdenes o instrucciones del mismo Consejo Nacional Electoral, sus Delegados, los doctores Trejos y Salcedo, regresaron a la capital del Magdalena y realizaron el escrutinio formal del municipio de Chivolo, habiendo declarado la elección del Alcalde y de los Concejales, a quienes expidieron las correspondientes credenciales".

MUNICIPIOS DE SANTA ANA Y SAN ZENON

Tampoco son ciertos los hechos que se invocan como acontecidos en los municipios de Santa Ana y San Zenón, relatados en seis numerales. Da fé de nuestro acerto la resolución No. 0907 del 5 de marzo de 1990, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Obsérvese que en el hecho 3° de esta parte de la demanda se denuncian supuestas irregularidades en la inscripción de ciudadanos; ocurrieron, según esa versión solamente en el corregimiento de Pijiño; así lo alegó la parte demandante en los escrutinios generales de la circunscripción del Magdalena. Sin embargo, extiéndese el cargo a la totalidad de los corregimientos e Inspecciones del municipio de Santa Ana aunque luégo, (sic) seguidamente, explica el demandante, confiesa, en cuadro de su paternidad, que no hubo anomalías en los corregimientos de Barro Blanco, Jaraba, San José de Prevención, San Pedro y Veladero. El cargo, por lo demás, es inepto pues sólo sería dable en aquellas mesas o jurados de votación de ciudadanos inscritos para sufragar en las elecciones del 11 de marzo siendo imposible, de toda imposibilidad física, que pudiera darse dicha irregularidad en mesas donde se votó con base en las listas parciales de sufragantes elaboradas y tabuladas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Improvisando e imaginando cargos, el demandante los hace vagos, indeterminados e imprecisos respecto del municipio de San Zenón (véase hechos 5° y 6° del literal b), referente a los municipios antes mencionados)".

"MUNICIPIO DE PUEBLOVIEJO"

"También en los escrutinios generales de la circunscripción del Magdalena la parte demandante invocó *error aritmético* en el cómputo de las elecciones del municipio de Puebloviejo, reiterado ante el Consejo Nacional Electoral. Aunque la petición fue improcedente, los Delegados del Consejo Nacional

Electoral, doctores Trejos y Salcedo, aceptaron verificar en las actas de escrutinio de los jurados de votación (formularios E-17) los resultados de cada mesa. Hechas las verificaciones correspondientes confirmaron y computaron los votos para todos y cada uno de los candidatos favorecidos por la ciudadanía en las urnas. Igual aconteció en el Consejo Nacional. Nuevamente se argulle (sic) ahora otra vez, el *error aritmético*, excluido como causal de nulidad por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988.

He aquí otra inepcia del demandante, obsesionado, como se ve, por las frustraciones que le ocasionó el debate electoral". (folio 74 a 78 fte, del C. principal).

Seguidamente atribuye a "...INTRIGAS Y PRESIONES..." del demandante, el empeño de descalificar las elecciones efectuadas en Chivolo en la fecha aludida, criticando el "concepto de la violación" contenido en la demanda, estimándolo infundado y confuso.

Se extiende en amplios comentarios respecto del proceso electoral efectuado en el Departamento del Magdalena el 11 de marzo de 1990, calificándolo de tranquilo, pacífico, libre, democrático y limpio, en tanto que rechaza como "...signo de la corrupción administrativa del país..." (fl. 82) el informe de la jefatura de cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a propósito de cotejos dactiloscópicos efectuados con posterioridad a las elecciones, de las cédulas inscritas en Santa Ana y San Zenón.

III. Mediante providencia fechada a seis (6) de agosto de 1990 (fl. 93 y sgtes.) se tuvo por contestada la demanda y se decretaron algunas de las pruebas solicitadas por las partes.

De oficio se ordenó una inspección judicial, para determinar dónde y cuántas personas con cédulas ilegalmente inscritas sufragaron en las elecciones del 11 de marzo de 1990 en Santa Ana y San Zenón. Pero aunque para la práctica de las pruebas se fijó término de treinta (30) días, ampliado en cinco (5) días por auto de octubre 16 del mismo año (fl. 197), no se allegaron todas las pruebas ordenadas, como más adelante se verá.

IV. Por auto calendado a treinta (30) de octubre (fl. 208), contra el que no se interpuso recurso alguno, se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión.

IV. a.- Del respectivo término común de cinco (5) días hizo uso el demandado Dr. Escobar Sierra. Allí, en primer lugar, sustenta la excepción de inepta demanda formulada en la contestación, pues estima improcedente e inepta la pretensión tercera en cuanto se solicita ordenar la práctica de nuevo escrutinio con base en los registros. "...b)... correspondientes a las nuevas elecciones que en este proceso se decrete realizar, y c) previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren o exclusión de los registros que conforme a la ley no

deban ser computados...". Se extiende en comentarios respecto de la alegada violación del Art. 128 del Código Electoral, concernida a la obligación del Gobernador de convocar a nuevas votaciones, allí donde no se hubieren podido efectuar por grave perturbación del orden público, pues sostiene que la norma lo que prevé es el aplazamiento previo de las elecciones, si antes de la fecha de los comicios la autoridad comprueba o verifica hechos perturbatorios de la tranquilidad pública, correspondiéndole al Gobernador, con aprobación del Gobierno Nacional, señalar la nueva fecha en que deben verificarse.

Que, por consiguiente, nada puede resolver al respecto el Consejo de Estado en el fallo que se impetra.

Y con relación al literal c) de la pretensión tercera, afirma que el error aritmético opera actualmente en la legislación electoral únicamente como causal de reclamación, que no de nulidad alegable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. También critica la falsa motivación que atribuye el actor al Acuerdo acusado, en cuanto al alcance erróneo dado por el Consejo Electoral al acta de escrutinio municipal de Chivolo.

En segundo término descalifica, como lo hizo al contestar la demanda, los fundamentos de hecho que el actor da a sus pretensiones y, en particular, lo de la ilegal inscripción de cédulas en los municipios de Santa Ana y San Zenón, formulando severas apreciaciones en contra de los funcionarios electorales. Dice que ni siquiera habiéndose demostrado el hecho en mención -la indebida inscripción-, se podría declarar la nulidad de las actas de escrutinio de los votos consignados en esos municipios, por cuanto no se estableció en qué mesa o jurado de votación sufragaron los titulares de las cédulas cuestionadas. Solicita, finalmente, desestimar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

IV.b.- También el apoderado del actor presentó en oportunidad su alegato de bien probado, donde afirma estar demostrado que no hubo elecciones en Chivolo el 11 de marzo del pasado año, pese a la existencia de acta de escrutinio municipal cuyo contenido, en su criterio, refuerza la conclusión dicha, pues que esa diligencia solamente existe en sentido formal.

Reitera su apreciación respecto de la nulidad del Acuerdo acusado, por haber incorporado en sus resultados el contenido de esa aparente acta de escrutinio, y desconocidos documentos públicos que certificaban la no realización de las elecciones. También, porque el citado acuerdo impidió cumplir el mandato del Art. 128 del C. Electoral, en cuanto a ordenar la realización de nuevas elecciones cuando no se las haya podido efectuar en la fecha determinada por la ley, "en caso de grave perturbación del orden público".

En cuanto a las objeciones propuestas a la votación en Santa Ana y San Zenón alude a cotejo dactiloscópico, practicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que acredita la falsa inscripción de numerosas cédulas, lo que

determina la invalidez de los correspondientes registros electorales, conforme al ordinal 2°, art. 17 de la Ley 62 de 1988. Al respecto sostiene la siguiente tesis:

> "Dado que las listas de sufragantes consignaron los nombres de los ciudadanos que tenían derecho a votar, éstas se contagiaron de la defraudación originada en la irregular inscripción de las cédulas de ciudadanía, vicio que se transmitió inevitable pero insubsanablemente también, a todo el proceso de la votación y el correspondiente escrutinio..." (fl. 240).

Finalmente, en relación a la impugnación de los registros electorales de Puebloviejo, sostiene que no se trata de un simple error sino de adulteración del resultado electoral, al computar dos veces los votos depositados en el corregimiento de Tasajeras, sustituyendo con una de ellas los del corregimiento de Isla del Rosario. Que como ello deforma la voluntad de los electores "...al plasmarse en los registros electorales les resta su autenticidad..." (fl. 241), configurando también la causal de nulidad tantas veces aludida, o sea, la segunda del Art. 17 de la Ley 62 de 1988.

V. CONCEPTO DE LA SEÑORA FISCAL SEPTIMA

La Colaboradora del Ministerio Público plantea sus criterios acerca de los asuntos cuestionados, previa desestimación de la alegada excepción de ineptitud de la demanda, por no constituir circunstancia enervante del fallo de mérito el que se aduzca una pretensión ajena a la órbita de competencia del fallador.

Alude a la norma del C.C.A. que define las causales de nulidad de las actas y registros electorales, para sostener que la actual legislación electoral da prevalencia al principio de la eficacia del voto, como que así se expresó en el Art. 1° del código de la materia, razón bastante a deducir que el fundamento de la nulidad de las actas o registros electorales no puede "buscarse en una simple irregularidad de las formas sino en el fondo; es decir que a través del análisis de las pruebas se perciba una alteración intencional de los resultados en tal forma que vulnere el querer popular..." (fl. 259 fte).

Seguidamente se ocupa en analizar los cargos de la demanda, para concluir que el Acuerdo acusado no es nulo por no darse la falsedad que se le atribuye, habida cuenta que, respecto de los votos de Chivolo, se apoyó en el acta general del escrutinio municipal.

Con relación a Santa Ana y San Zenón, dice que las actas de escrutinio de los jurados de votación se diligenciaron tomando en consideración las listas de sufragantes suministradas por la Registraduría (formularios E-14), "...que suponen la revisión y confrontación por parte de la entidad de la idoneidad de la inscripción..." (fl. 260), y las listas de votantes (formularios E-15), que "...sólo pueden ser falsos si son adulterados en su contenido antes o durante o después de la votación...". Y como la causal de nulidad invocada alude sólo a "...los ele-

mentos que sirven para formar el registro, la interpretación no puede extenderse sino a los formularios ya reseñados...".

Que tampoco el Acuerdo del Consejo Nacional Electoral viola el Art. 128 del Decreto 2241 de 1986, por cuanto al expedirse aquél no se había producido decisión o acto administrativo con aplicación de esa norma. Además, porque si mediante el Acuerdo No. 005 de 1990 acusado "...se realizó un escrutinio la parte actora debió citar una disposición que estableciera como hecho configurativo de causal de nulidad del acto demandado el señalado en la demanda...", lo que no se hizo.

Y en cuanto a las irregularidades que dice el actor se cometieron en los escrutinios de Puebloviejo, por no señalar en la demanda la norma violada para sustentar la pretensión de nulidad "...no es del caso realizar estudio jurídico al respecto..." (fl. 262 fte).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) CUESTIONES PREVIAS.

Antes de examinar los cargos, procede estudiar la solicitud de la parte actora encaminada a obtener el proferimiento de auto para mejor proveer, con miras a que se terminen de practicar las pruebas ordenadas, en especial el experticio dactiloscópico; también lo concerniente a la excepción de inepta demanda propuesta por el demandado.

A.1.- Cuando había precluido el término para alegar de conclusión, del que, como ya se vió, hicieron uso las partes, el apoderado del actor, en atención a que no se había practicado la prueba pericial ordenada con dactiloscopistas del DAS, para ver de establecer si hubo ilegal inscripción de cédulas en Santa Ana y San Zenón, lo que atribuye el peticionario al exceso de trabajo de las autoridades electorales con ocasión de estar ocupadas preparando los comicios para Asamblea Nacional Constituyente, y a la carencia de recursos físicos y económicos de las dependencias de la Registraduría, para la pronta atención de las solicitudes que les dirige la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pide se haga uso del inciso último del Art. 234 del C.C.A. para que se disponga practicar las pruebas decretadas, entre ellas la susodicha experticia (fls. 245 y 246).

No es dable, empero, acceder a lo solicitado, habida cuenta que la norma en que se apoya el pedimento establece dos claras limitaciones a la posibilidad de disponer, en la oportunidad procesal de decidir, que se practiquen pruebas: que se trate de las necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. En cuanto a la necesidad de la prueba sería enteramente viable la solicitud, por cuanto la única ordenada, para acreditar la alegada falsa inscripción de cédulas en los municipios de Santa Ana y San Zenón, es la pericial que echa de menos el memorialista.

No se da, en cambio, la segunda exigencia de la norma, pues no obrando en los autos medio probatorio alguno legalmente producido y, por ende, idóneo para demostrar el aspecto cuestionado, no se configura el requerimiento atinente al esclarecimiento de "...puntos oscuros o dudosos de la contienda...". Es que este requisito impone que militen medios de convicción regular y oportunamente allegados al proceso, como lo exige el Art.174 del C. de P.C., de los cuales surja duda. o que sean insuficientes a esclarecer el supuesto de hecho a demostrar, y que, por ende, se lo considere oscuro, para que pueda echarse mano de la oportunidad excepcional alegada y disponer la práctica de las pruebas ordenadas y no allegadas en el término probatorio. Por ello se rechaza el pedimento en cuestión.

A.2. La excepción de inepta demanda propuesta por el demandado, porque dice contraría "normas elementales de la juridicidad colombiana...", se apoya en la pretensión tercera de ese libelo, en cuanto solicita ordenar la práctica de nuevo escrutinio de los votos para senado de la circunscripción del Magdalena, teniendo en cuenta entre los registros... b) los correspondientes a las nuevas elecciones que en este proceso se ordene realizar...", pues que la orden de realizar nuevas elecciones no podría darla el Consejo de Estado, incompetente para ello, sino el Ejecutivo.

Sin embargo, no tiene entidad como excepción de fondo, capaz de enervar la posibilidad de examinar el mérito de las restantes pretensiones, el que se alegue la incompetencia del juzgador respecto de una de ellas. Basta, simplemente, con denegar esa pretensión para pasar a resolver las demás, pues ni siquiera tratándose de indebida acumulación es dable proferir fallo totalmente inhibitorio.

En el caso de autos habrá pronunciamiento en ese sentido respecto de lo que no es de la competencia de la Corporación, y decisión acerca del mérito de las restantes pretensiones.

Y en cuanto a un segundo fundamento de la excepción, apenas aducido por el demandado en su alegato de conclusión (fl. 213 del C. No. 1), consistente en impugnar la corrección del error aritmético que infiere de la pretensión tercera de la demanda, por no constituir causal de nulidad sino de reclamación ante las autoridades administrativas electorales, no será objeto de análisis, aunque le caben las mismas consideraciones del anterior, por cuanto esa sustentación no se hizo en la contestación de la demanda, oportunidad que señala el Art. 164 del C.C.A. cuando se ejercita ese derecho procesal.

Tampoco se probó, entonces, la excepción aducida.

B) *EXAMEN DE LOS CARGOS.*

Como atrás se vió, en la demanda se alega la violación de numerosas disposiciones constitucionales y legales, estas últimas del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), respecto de la mayoría de la cuales no se hace explicación concreta en el concepto.

Específicamente la nulidad que se pretende del Acuerdo No. 005 de 1990 del Consejo Nacional Electoral, pero sólo en cuanto declaró la elección de Senadores por la circunscripción del Magdalena para el período constitucional 1990-1994, se apoya, para los dos primeros cargos, pues en cuanto al tercero se guardó silencio en el título III de la demanda correspondiente al concepto de la violación, en la causal segunda del Art. 223 del C.C.A.

El texto en mención es del siguiente tenor:

"Art. 223. Modificado por la Ley 96/85 art. 65 y por la Ley 62 de 1988, art. 17.

Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. ...

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3. ...

Esa misma disposición viene a ser esgrimida por el actor respecto del tercer cargo, el que versa con la impugnación de los registros electorales de Puebloviejo, únicamente en el alegato de conclusión, lo que de por si sería bastante, como con acierto lo decidió la señora Fiscal colaboradora, para no ocuparse de su examen. No obstante, para mayor abundamiento la Sala formulará su criterio al respecto, que conduce a no acoger las súplicas de la demanda en lo que atañe a ese motivo de impugnación.

Al estudio por separado de los cargos se procede, seguidamente, así:

B. 1. *Las elecciones en el municipio de Chivolo.*

Los comicios del 11 de narzo de 1990, para alcalde, concejales, diputados a la Asamblea, representantes a la Cámara y senadores de la República, así como la consulta del Partido Liberal para candidato a la Presidencia de la República, no tuvieron realización en Chivolo, porque se iniciaron casi dos horas después de la hora legalmente fijada para ello y abruptamente concluyeron cuando había transcurrido menos de una hora de su desarrollo.

Tal es el hecho fundamento del cargo, que lleva al actor a impetrar la nulidad del Acuerdo pero sólo en cuanto declaró la elección de senadores, por cuanto en él se tuvo en cuenta el acta del escrutinio general practicado por la comisión escrutadora municipal, pero en la que únicamente se computan los votos depositados en dos corregimientos -La Estrella y La China- o sea, en cuatro (4) mesas de votación, omitiendo ese diligenciamiento respecto de las once (11) mesas que debieron funcionar en la cabecera municipal y de las dos (2) mesas del corregi-

miento de Pueblonuevo, de las que ni siquiera fueron recibidos los pliegos para su introducción en el arca triclave.

Agrega el actor que por no haberse efectuado realmente las elecciones dichas, de lo que en su criterio es prueba fehaciente la misma acta general del escrutinio municipal, la decisión del Consejo Nacional Electoral de computar los votos depositados en Chivolo para adicionarlos al escrutinio general, (fl. 4 cuaderno No. 1), hace falso el acto acusado que, consiguientemente, debe ser invalidado al tenor de la norma invocada y transcrita.

El demandado, por su parte, sostiene que se realizaron las elecciones en Chivolo, de lo que es prueba el acta general del escrutinio municipal, que también tuvo "...real efecto, conforme a la ley" (fl. 75 fte, C. No. 1), agregando una afirmación que no se compadece con lo que dicha acta expresa. En efecto, al mismo folio sostiene que la comisión escrutadora municipal "...hizo el minucioso recuento de votos, cuyos resultados anotó en el acta respectiva, meticulosa y suficiente, mesa por mesa...", lo que sólo es cierto respecto de las cuatro (4) que funcionaron en los corregimientos de La Estrella y La China, pero no de las once (11) asignadas a la cabecera municipal, ni de las dos (2) de Pueblo Nuevo. Atribuye a "Intrigas y Presiones" (fl. 78) la descalificación de las elecciones en Chivolo, y que siendo auténticos los registros electorales tenidos en cuenta en el escrutinio municipal, éste también está investido de ese carácter y con acierto el Consejo Nacional Electoral lo tomó en cuenta, para adicionar los votos allí escrutados al escrutinio general.

En el alegato de conclusión el demandado sostiene "...que la verdad verdadera es que hubo elecciones, generales y completas, en el municipio, con excepción de la cabecera donde las votaciones tuvieron lugar por breves horas dado el estado de alarma que desorientó e infundió pavor a la ciudadanía..." (fl. 216 del C. No. 1), calificando como "...casi una felonía..." la afirmación de que no hubo elecciones ni escrutinios en Chivolo, así como "una avilantez incomprensible" (fl. 217) "expresar que aquella acta -la del escrutinio municipal- no es acta sino una constancia..." (entre guiones, aclaración de la Sala).

No obstante, en el Acta General del Escrutinio practicado por los delegados del Consejo Nacional Electoral el 18 de marzo de 1990, y a continuación de la constancia dejada por ellos en cuanto a la no verificación debidamente del proceso electoral en Chivolo el 11 de ese mes, de lo que se debía informar a la Gobernadora del Departamento "...para que convoque a nueva elección...", el ahora demandado dejó, a su vez, la siguiente:

> "...Coincido con los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral en cuanto a la convocatoria de elección de alcalde y Concejo Municipal de Chivolo, pero no en lo que se refiere a las votaciones de Congreso y Asamblea Departamental.- En este último caso el artículo 192 del Código Electoral y el pertinente del Código Contencioso Administrativo consideran nulas las elecciones que se realicen en días diferentes a los señalados por la ley.-

Aclaro que la Ley 78 de 1986 y la Ley 49 de 1987 prevén la elección posterior del Alcalde y del Concejo Municipal..." (fl. 25 fte, C. No. 1).

Esta constancia es expreso reconocimiento de la no realización, en legal forma, de los comicios del 11 de marzo de 1990 en el municipio de Chivolo, pues acepta que por no haberse efectuado válidamente debían convocarse elecciones para alcalde y concejales, más no para congresistas y diputados, por estimar que en cuanto a estos lo concerniente a nueva elección está gobernado por el Art. 129 del Decreto 2241 de 1986, que no por el 128 de la misma obra. Esta conclusión se desprende de lo alegado por el entonces candidato a senador y ahora demandado ante el Consejo Nacional Electoral, en memorial que presentó con ocasión de los escrutinios generales del Magdalena. Así se lee al folio 31 de los anexos a la contestación de la demanda, (cuaderno No. 6) y en el memorial que dirigió a la señora Gobernadora del Departamento, con fecha marzo 30 de 1990 (fl. 37 del citado anexo).

Y que hubo consenso, de quienes presenciaron o examinaron de cerca el proceso electoral en el municipio de Chivolo, en cuanto a que no se realizó la votación del 11 de marzo, resulta de los siguientes medios de convicción legalmente allegados al infolio:

1. Del oficio dirigido por el Alcalde de ese lugar a la Gobernadora del Departamento, con fecha marzo 12 de 1990, relatándole las incidencias del día anterior, con ocasión de las elecciones populares.- Según el burgomaestre, el certamen comicial sólo se realizó durante media hora. (fls. 1 y 2 del C. No. 2).

2. La relación de los jurados de votación que se presentaron a reanudar su función electoral en Chivolo después de la suspensión de los comicios, con la constancia final dejada por el Alcalde y el Registrador acerca de que ello no pudo realizarse (fls. 4 y 5, C. No. 2).

3. El oficio de los Delegados del Consejo Nacional Electoral a la Gobernadora del Magdalena, fechado en marzo 21 de 1990, respecto de su convicción de no haberse podido cumplir a cabalidad el proceso electoral en Chivolo (fl. 6, C. No. 2).

4. El oficio No. 0071, que en copia autenticada obra del folio 9 al 11 del C. No. 2, dirigido por el Comandante de la estación de policía de Chivolo a la Gobernadora del Departamento, en el que incluso insinúa que la interrupción indefinida de las elecciones en ese lugar obedeció a falsa alarma y a montaje de personas interesadas en que ello ocurriera, por el control que la policía estableció para evitar la compraventa de votos.

5. El oficio dirigido por la Gobernadora del Magdalena al Ministro de Gobierno, fechado a mayo 31 de 1990, visible en copia autenticada al folio 12 del C. No. 2.

6. El texto del acta del escrutinio practicado por la comisión escrutadora municipal, en el que sólo se efectuó esa diligencia respecto de cuatro mesas de votación, las que funcionaron en los corregimientos de La Estrella y La China. En cuanto a las dos (2) mesas del corregimiento de Pueblo Nuevo ni siquiera se recibieron los correspondientes registros para su introducción en el arca triclave, en tanto que los votos que alcanzaron a ser depositados en las once (11) mesas de la cabecera, y los pliegos de esas mesas, según el registrador municipal, fueron recogidos por él de donde "...fueron abandonados por los jurados de votación al presentarse alteración en el orden público...". Es más: el documento en mención relaciona una a una las once (11) mesas de la cabecera municipal, haciendo constar que las actas de escrutinios no fueron diligenciadas.- Y, en varios casos, que ni siquiera se instalaron los jurados (fls. 15 a 17 del C. No. 2).-

7. El acta general del escrutinio practicado por los señores delegados del Consejo Nacional Electoral, iniciado el 18 de marzo de 1990 y concluido el 29 del mismo mes y año en Santa Marta. (fls. 24 a 31 del C. No. 1).

8. El informe del Segundo Comandante del Batallón "Córdova" a la Gobernadora del Departamento del Magdalena, respecto de la decisión de suspender las elecciones en Chivolo no obstante la gestión que personalmente realizó el Comandante del Batallón, encaminada a normalizar la realización de esos comicios. (fl. 32, C. No. 1).

9. La misma acta del escrutinio realizado por los delegados del Consejo Nacional Electoral con fecha 1o. de julio de 1990, por disposición del Consejo Nacional Electoral, relacionado con la votación en los corregimientos de La Estrella y La China, pues que respecto de las mesas de la cabecera municipal "...No se contabilizó la votación debido a que las actas de los jurados de votación no fueron diligenciadas ni firmadas...".

10. Incluso la prueba testimonial recaudada por el Consejero conductor del proceso a petición del demandado.- En efecto, el doctor Augusto Trejos Jaramillo consigna allí las dudas de los delegados del Consejo Nacional Electoral acerca de si hubo o no elecciones en Chivolo, y de la convicción que abrigaba, al final del escrutinio, respecto a que si se convocaba a nuevas elecciones, ellas debían circunscribirse a las de alcalde y concejales.

Y aunque luego expresa certidumbre acerca del error en que inicialmente incurrió la comisión, por no haber computado los votos de Chivolo en el escrutinio general por cuanto "...allí había habido elecciones...", (fl. 167 del C. No. 1), reconoce que los registros y el acta de escrutinio municipal no se encontraron en el arca triclave, y que tampoco hubo actas parciales de los escrutinios municipales.-

El otro delegado, Dr. Gerardo José Salcedo Angulo, testimonia haber entendido que ante los hechos de violencia ocurridos en Chivolo ya no era de

competencia de los escrutadores, sino de las autoridades gubernamentales, decidir lo pertinente a las elecciones en ese municipio, habiendo concurrido luego a realizar el escrutinio para declarar la elección de alcalde y concejales siguiendo instrucción del Consejo Nacional Electoral, superior jerárquico de la comisión.- Agrega que inicialmente les pareció a los delegados que la solución más indicada era la de convocar a nuevas elecciones (fl. 189 del C. No. 1).

Todo ello permite concluir que realmente no hubo elecciones en Chivolo, pues las que asegura el demandado haber tenido lugar, se iniciaron en la cabecera municipal más de una hora después de las 8:00 de la mañana y terminaron abruptamente antes de las once (11) A.M., quedando abandonadas las urnas con unos pocos votos, y los pliegos electorales sin diligenciar.-

Tampoco se tiene certidumbre acerca de lo ocurrido en el corregimiento de Pueblo Nuevo, pues los registros de las dos mesas que allí funcionaron no fueron introducidas al arca triclave y ni siquiera llegaron a la Registraduría Municipal.

De allí que la tantas veces aludida acta general de escrutinio municipal, aunque no es materialmente falsa, ideológicamente sólo es verdadera en cuanto computa los votos depositados en los dos corregimientos atrás indicados, pues da cuenta que el escrutinio no se pudo llevar a efecto con relación a trece (13) de las diecisiete (17) mesas de votación asignadas al Municipio.-

Y como las elecciones populares se efectúan, según nuestras normas electorales, por circunscripciones, siendo la menor de éstas el municipio, aunque para facilitar las inscripciones, votaciones y escrutinios los municipios con más de veinte mil (20.000) cédulas aptas para votar se dividen en zonas, situación que nada tiene que ver con el caso de autos, no cabe duda que, por limitarse el acta de escrutinio comentada a las cuatro (4) mesas de los dos corregimientos prementados, no es dable tenerla como escrutinio general de la circunscripción electoral de Chivolo, que tiene asignado un total de 17 mesas.

Tal carácter le asignó el Consejo Nacional Electoral, lo que ideológicamente, se repite, no corresponde a la verdad, porque ni hubo elecciones en ese municipio ni la comentada acta refiere la realización de escrutinio municipal. Por consiguiente, el Acuerdo acusado, en cuanto tomó asidero en dicha acta para adicionar el escrutinio general realizado por los Delegados del citado Consejo, es intelectualmente falso y ello es suficiente para configurar la causal de nulidad invocada, que habrá de declarase para que en el nuevo escrutinio se excluyan, del total de votos computados para Senado de la República, las de las cuatro (4) mesas de votación de los corregimientos de La Estrella y La China.-

No prospera, en cambio, la pretensión del actor en cuanto aduce la violación del artículo 128 del C. Electoral, por cuanto aun cuando ello hubiera ocurrido, esa violación no está prevista como causal de nulidad de las actas o registros electorales.

Lo de convocar a nuevas elecciones es asunto de competencia de las autoridades gubernamentales que para cada caso determina la ley, razón bastante a denegar la pretensión tercera de la demanda en cuanto pide que los nuevos escrutinios se practiquen, con base en los registros electorales correspondientes "...a las nuevas elecciones que en este proceso se decrete realizar...".- Esa convocatoria no la puede hacer el Consejo de Estado, y el Art. 133 del C. Electoral prevé las bases del nuevo escrutinio: "...el total de los votos que no hubieren sido invalidados en la sentencia respectiva...".

B.2. Segundo Cargo. Atañe a las elecciones en los Municipios de Santa Ana y San Zenón.

La pretensión de nulidad del Acuerdo acusado se fundamenta en alegada falsedad de las listas de sufragantes (formularios E-14), correspondientes a las mesas que funcionaron en las cabeceras y en corregimientos de los citados municipios, por haber inscrito allí numerosas cédulas en forma ilegal con las que luego se ejerció el sufragio.

Al respecto dice el actor que en el Municipio de Mompós, del Departamento de Bolívar, fueron recogidas numerosas cédulas, luego inscritas en los sitios indicados, especialmente en el corregimiento Pijiño del Municipio de Santa Ana, por personas distintas de aquéllas a quienes les fueron expedidas, generalmente por una sola, y que el día de la elección los titulares de esos documentos fueron conducidos a sufragar donde estaban indebidamente inscritos.

Que de ello da fé el cotejo dactiloscópico practicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, según oficio de mayo 22 de 1990 suscrito por el jefe de la División de Cedulación.- Se transcribe, al efecto, el cuadro demostrativo de los cotejos dactiloscópicos realizados por ese organismo estatal sobre cédulas inscritas en el Municipio de Santa Ana y sus corregimientos, (fl. 7 del C. No. 2) indicativa del número de cotejos realizados, la cantidad de cédulas de imposible cotejo técnico, de las que no corresponden las huellas dactilares impresas y de las no halladas en el archivo alfabético.- Se dice, para finalizar, que igual cosa ocurrió en San Zenón y sus corregimientos, sin especificar ninguno de los anteriores aspectos.

El demandado se opone a la pretensión del actor, afirmando que las votaciones en esos municipios se realizaron en completa paz y con indudable pulcritud electoral, máxime cuando con fecha 5 de marzo la Registraduría Nacional del Estado Civil produjo resolución ordenando excluir del listado de sufragantes de Santa Ana y Pijiño algunas cédulas cuya inscripción invalidó. (fl. 25 del anexo 6).

En prueba de lo primero solicitó recaudar el testimonio de los alcaldes y registradores municipales del estado civil de esos distritos, quienes sacan verdadero el aserto en Dr. Escobar Sierra.

Empero, no es ese aspecto -el del tranquilo discurrir de los comicios- lo que objeta el actor a los realizados en Santa Ana y San Zenón. Como ya se dijo, su impugnación versa con la ilegal inscripción de numerosas cédulas y el posterior ejercicio del sufragio con ellas, lo que implicaría falsedad de los registros electorales correspondientes, es decir, de la lista de sufragantes, del registro de votantes y de las actas de escrutinio de los jurados de votación (formularios E-l4, E-15 y E-17).

Para demostrar lo primero, la falsa inscripción, se ordenó, a solicitud del actor, la práctica de experticia dactiloscópica comparativa de la huella impresa en los formularios de inscripción (E-3) y la correspondiente de la tarjeta decadactilar obtenida a la expedición de las respectivas cédulas. Hubo que reemplazar dos veces a los peritos, lo que se hizo con prontitud, y no obstante dirigir oficios a la delegación del estado civil del Magdalena y luego a la misma Registraduría Nacional, para que se sirvieran poner a disposición de la Sala los formularios E-3 obtenidos en las inscripciones realizadas en San Zenón y Santa Ana, para que los peritos pudieran verificar el cotejo ordenado, no se obtuvo respuesta alguna. Al no poder prolongar indefinidamente el término probatorio se ordenó el traslado a las partes para alegar, mediante proveído fechado a octubre 30 de 1990 (fl. 208).

No pudo allegarse, entonces, el dictamen pericial ordenado, sin duda indispensable a acreditar las alegadas inscripciones ilegales, como que de no obrar esa prueba sólo sería dable sustituirla con la directa, constituida por confesión de autoría o declaración de testigos presenciales.

Es más: tampoco se pudo producir, por falta del dictamen echado de menos, la inspección judicial decretada de oficio para establecer, de haberse acreditado aquel aspecto, si las cédulas ilegalmente inscritas fueron utilizadas en ejercicio del sufragio, demostración indispensable, de resultar positiva, para configurar la falsedad de las actas de escrutinio. Porque aun dada la ilegal inscripción, si no se utiliza ese documento para ejercer el sufragio, la falsedad de la lista de sufragantes resulta inocua frente al proceso electoral, cuya pureza buscan cautelar las causales de nulidad, taxativas y de aplicación restrictiva, previstas en el Art. 223 del C.C.A.- En relación a ese aspecto de la cuestión es ilustrativa la jurisprudencia seguidamente transcrita:

> "Ahora bien: es lógico y plausible que se hubiera tratado de establecer la cantidad e identidad de las personas que sufragaron utilizando las cédulas ilegalmente inscritas, precisamente porque la sola inscripción irregular no es bastante a determinar la invalidez del registro electoral de la mesa de votación respecto de la que ese hecho hubiera ocurrido.-
>
> La sola inscripción ilegal no alcanza a alterar los resultados electorales infiriendo agravio a la pureza de los comicios, precisamente porque, como lo hizo constar el apoderado del demandado en la diligencia de inspección judicial, no siempre las cédulas irregularmente inscritas son utilizadas para

sufragar. Esta Corporación se ha referido a ese evento, el de la ilegal inscripción de cédulas, determinando sus efectos así:

"...a juicio de la Sala, no es suficiente para la configuración, en este caso, de la causal invocada, la demostración de la falsedad de las listas de inscripción de ciudadanos, pues es menester acreditar la votación de los inscritos ilegalmente, debido a que la sola inscripción no afecta los resultados electorales, lo cual sólo ocurre en tanto se haga realidad el fraude mediante la votación de personas inscritas, con el quebrantamiento de las correspondientes disposiciones legales.

De suerte que no es suficiente demostrar que determinada lista de sufragantes es apócrifa, sino que es indispensable probar que los inscritos en ella votaron en la mesa correspondiente, para que se pueda estudiar la procedencia de la nulidad (Sentencia de junio 12 de 1987. Ex. E-044, Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello)".

Cuando había precluido el término para alegar de conclusión, el 13 de noviembre de 1990, se recibió de la Registraduría Nacional del Estado Civil, aduciendo cumplimiento del auto comunicado a ese despacho mediante oficio No. 90-359 de octubre 22 del mismo año, sendas listas de exámenes técnicos de la huella del dedo índice impresa en los formularios E-3, de ciudadanos inscritos para las elecciones del 11 de marzo de 1990 en San Zenón y Santa Ana, expresando los casos de no correspondencia, acompañados de fotocopias, algunas autenticadas, de las tarjetas decadactilares, los de imposible cotejo y de los que no se encontró la tarjeta decadactilar en el archivo alfabético (cuadernos 1-C y 1-D).

Al respecto conviene anotar, que no resultó acertado el actor al solicitar el proferimiento de auto para mejor proveer encaminado a allegar, en la oportunidad procesal de decidir, las pruebas faltantes.- Allí se argumentó exceso de trabajo en la Registraduría Nacional, como impedimento para la oportuna atención a los requerimientos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que en el caso que se anota resulta inválido, pues mientras en el auto comunicado con el oficio aludido simplemente se solicitaba información acerca de si en ese despacho se encontraban los formularios E-3, requeridos para que los peritos practicaran la experticia, no recibiéndose respuesta, en cambio sí hubo tiempo para practicar, con el concurso de técnicos dactiloscopistas de la misma entidad, numerosas confrontaciones con los resultados visibles en los cuadernos indicados.

Pero procesalmente esos informes, o los listados en mención, carecen de valor probatorio, porque:

1. No fueron ordenados. Se dispuso, respecto de las inconsistencias de inscripción alegadas, practicar prueba pericial, designando y dando posesión a dactiloscopistas del DAS, quienes no practicaron la prueba ordenada por falta de información de la Registraduría acerca del material dubitado.-

2. Porque carecen de fundamentación, como exige la ley procesal respecto de los dictámenes periciales y, con igual razón, de los informes que se pueden solicitar de los representantes administrativos de las entidades oficiales.- Ellos se deben rendir bajo juramento y en forma explícita, al tenor del Art. 199, inciso 3° del Código de Procedimiento Civil.- Es más

3. Porque no reunen los requisitos de publicidad y contradicción, esenciales a todo medio probatorio para que se lo pueda apreciar. Al respecto, con ponencia del mismo Consejero conductor de este proceso, expresó la Sala:

> "Pero el procedimiento seguido por el a-quo para la determinación en cuestión, o sea, la de establecer si personas ilegalmente inscritas en Caicedonia, y en sus corregimientos e Inspecciones de Policía, sufragaron el 13 de marzo de 1988 para alcalde municipal, es ilegal e inválido. Así resulta, no porque el medio escogido -el cotejo de las listas de cédulas ilegalmente inscritas, con el registro general de votantes- sea inadmisible, que no lo es al tenor de lo dispuesto en el Art. 175 del Código de Procedimiento Civil, sino por falta de ordenación de esa prueba, y la consiguiente notificación del proveido en que ello debió disponerse, con señalamiento de fecha, hora y lugar para la práctica del medio probatorio, a fin de que éste quedara revestido de las condiciones de publicidad y contradicción que debe acompañar a toda prueba judicial.
>
> En reciente sentencia dijo al respecto la H. Corte Suprema de Justicia:
>
> "...para que la prueba cumpla con la finalidad que le ha previsto la ley, de servir de medio de convicción al juez en la tarea de declarar la existencia o inexistencia de los hechos que se ventilan en el proceso, tiene que haber observado las normas que regulan SU PRODUCCION, SU CONDUCENCIA Y SU EFICACIA, porque de no ser así, ellas no pueden ser objeto de persuación racional. Entonces, si la decisión del juzgador es producto de la valoración de pruebas ajustadas a derecho, el resultado debe corresponder a la realidad de lo acontecido; más si, por el contrario, la labor ponderativa recae sobre pruebas que subestimaron esos requisitos y de ellas extrajo precisamente el sentenciador su pronunciamiento, es evidente que incurre en yerro de derecho, que según la doctrina de la Corte se presenta '"cuando aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observación de los requisitos legalmente necesarios para su producción..."' (Sentencia de junio 25 de 1989, Magistrado Ponente Dr. Eduardo García Sarmiento)".
>
> La falta de ordenación del referido cotejo de las actas de inscritos ilegalmente con el Registro General de Votantes, llevó a la práctica privada de una prueba, cuyos resultados sólo vinieron a hacerse públicos en la sentencia, prueba que no contó con la presencia y posible intervención de las partes, que bien podían contradecir aspectos de la confrontación, o los resultados de la misma. La publicidad de la prueba "... requisito esencial para su validez y autoridad", al decir de Devis Echandía (Compendio, Pruebas

Judiciales, Tomo II, pág. 19 de la 9a. Edición), implica que ella sólo puede llevarse a la causa "'...con conocimiento y audiencia de todas las partes...", sigue diciendo el autor citado, pues resulta "...apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de lealtad en la prueba, pues no puede existir sin la oportunidad de contradecirla...'" (pág. 19, obra citada)".(Sentencia de 26 de octubre de 1989, Exp. 0330, Actor: Federico de Jesús Arroyabe y otros).-

Así, entonces, no obrando comprobación procesalmente valedera de los fundamentos de hecho del cargo en examen, se impone declarar su no prosperidad, denegando por este aspecto la nulidad del Acuerdo No. 5, de mayo 31 de 1990, así como la de la Resolución 020, de 27 de marzo del mismo año, de los delegados del Consejo Nacional Electoral.

B.3.- Tercer Cargo.- Atañe a la falta de correspondencia entre las actas de escrutinio de los jurados de votación y el acta general del escrutinio municipal, en cuanto a los resultados para senado del corregimiento de Isla del Rosario, municipio de Puebloviejo.- Al respecto se afirma que, por confusión, se transcribieron "...aun con ciertos errores adicionales, los resultados del corregimiento de Tasajeras dos veces: una, para Tasajeras, como correspondía, y la otra, equivocadamente, en Isla del Rosario..." (fl. 42 fte, C. No. 1).- Prueba de ese aserto se dice constituirlo el formulario E-25, (Telegrama circular) de fecha marzo 12 de 1990, que no se acompañó al libelo demandatorio, ni se solicitó como prueba. De una vez aclara el actor que ese tema fue materia de reclamación ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes -dice- inexplicablemente no encontraron la equivocación.-

El capítulo destinado al concepto de la violación, como se anotó atrás, no contiene la menor alusión al referido cargo para sustentarlo en la infracción de normas constitucionales o legales, lo que sería suficiente para no ocuparse la Sala de su examen.- Ya en el alegato de conclusión se vino a sostener que la situación dada, al sustituir respecto de la votación para senado el resultado de la votación de Isla del Rosario con el de Tasajeras, no es un "...simple" "error...", sino que se trata de "...una adulteración del resultado electoral (de buena o mala fe, no nos corresponde juzgarlo) que deforma la voluntad de los electores...", estimando configurada la causal segunda de nulidad del Art. 17 de la Ley 62 de 1988 (Art. 223 del C.C.A.) (Fl. 241 del C. No. 1).

Como se ve, el cargo pasó de ser error o confusión, a adulteración del registro electoral aludido, aspecto éste que se examina solamente en atención a la reiterada cita que trae (en) la demanda de la norma invocada extemporáneamente.

El cargo toma fundamento en el hecho de que el Acta general del escrutinio de Puebloviejo relaciona igual cantidad de sufragios, para cada uno de los candidatos al Senado de la República, en las elecciones de los corregimientos de Isla

del Rosario y Tasajeras del municipio de Puebloviejo. Así se lee a folios 5 y 7 del cuaderno No. 4.

Dangond Noguera Víctor	431
Díaz Granados Alzamora J.	73
Escobar Sierra Hugo	231
Pinedo Vidal Miguel	775
Vives Campo Edgardo Plutarco	295
Total	1805

En cambio, las seis (6) mesas de votación instaladas en Isla del Rosario para las elecciones del 11 de marzo dieron, en el escrutinio practicado por los jurados de votación, el siguiente resultado para Senado de la República, según se ve de las correspondientes actas (Formularios E-17), obrantes del folio 107 al 147 del mismo cuaderno No. 4, aunque se advierte que el folio 130, donde se consigna la votación de la mesa No. 4 para dicha Corporación, es ilegible y que su resultado se toma de lo consignado por el actor al folio 42 del cuaderno No. 1.

MESAS No.	1	2	3	4	5	6	Totales
Dangond Noguera Víctor	9	18	21	26	27	27	128
Díaz Granados Alzamora J.	1	42	33	33	54	37	200
Escobar Sierra Hugo	1	18	13	7	31	16	86
Pinedo Vidal Miguel	3	105	62	60	77	83	390
Vives Campo Edgardo P.	4	74	61	85	70	80	374
TOTAL							1178

Pero la confusión o falsedad del acta general del escrutinio municipal de Pueblo Viejo, que ambos tratamientos le dio el actor en oportunidades diferentes, al transcribir el total de los votos por las distintas listas de candidatos al Senado depositados en Isla del Rosario, fue materia de reclamación ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral, quienes no sólo dispusieron el cotejo de ese registro electoral con las actas de escrutinio de los jurados de votación aludidos por los reclamantes, sino que la confrontación la extendieron a todas las listas sometidas a elección en el municipio de Puebloviejo.- De ello da cuenta la Resolución No. 009, de 20 de marzo de 1990, en la que se alude a correcciones parciales en el acta general del escrutinio municipal leído por la Delegación Departamental, quedando sin soporte las reclamaciones.-

Esa Resolución fue confirmada por el Consejo Nacional Electoral en el Acuerdo No. 5 de 1990, previas las consideraciones seguidamente transcritas:

"El Consejo Electoral oyó en Audiencia Pública a los interesados el jueves 26 de abril de 1990.

La Resolución citada y motivada por la reclamación de los doctores Escobar Sierra y Díaz Granados, tuvo una curiosa apreciación consistente en que mientras el primero la acata, el segundo la apela e impugna. Dicha Resolución, dice el doctor Hugo Escobar Sierra, sirvió para que se verificarán las actas de escrutinio, se corrigieran los errores y se hiciera un cómputo real de la votación.

Por su parte el doctor Jorge Ernesto García González, al sustentar el recurso en la Audiencia Pública celebrada para el efecto, plantea un error aritmético consistente en que aparece en el acta de escrutinios un número de votos inferior al que se encuentra en el formulario E-25.-

Sobre el particular cabe anotar que las actas se exhibirán a los interesados que así lo soliciten al tiempo de registrar los resultados de la votación, y por lo tanto cualesquiera otros documentos e informaciones sobre los resultados parciales no constituyen elemento suficiente para establecer el número de votos depositados para cada candidato y corporación, ya que sólo vienen a ser medios auxiliares y constituyen apenas documentos previos, pero no ostentan el carácter de actas definitivas y sólo sirven para ordenar e informar sobre los resultados que se vayan presentando.

Este Consejo considera entonces que de acuerdo con el artículo 163 del Código Electoral, modificado por el artículo 11 de la Ley 62 de 1988, el cómputo de votos se hace solamente con base en las actas de los jurados de votación y en consecuencia la Resolución apelada debe confirmarse". (fl. 3 fte, C. No. 1).

Entonces, siendo ostensible que hubo el error anotado por el actor, o, peor aun, que se adulteró la realidad electoral, al atribuir a la votación en Isla del Rosario los resultados obtenidos en las seis (6) mesas ubicadas en Tasajeras, dicho yerro o inmutación ideológica del resultado electoral se subsanó oportunamente, mediante la revisión que los Delegados del Consejo Nacional Electoral hicieron de las actas parciales de votación "para establecer si existía disparidad entre aquellas y el acta general de escrutinio leída por esta Delegación..." (fl. 15 del C. No. 1).- De allí que no siendo como error aritmético anulable la citada acta, ni la Resolución No. 009, fechada a 20 de marzo de 1990 de los Delegados en mención, y menos el Acuerdo No. 5 de 1990 del Consejo Nacional Electoral, porque esa causal no existe en la actual legislación electoral, tampoco la falsedad de la primera, presumiendo como tal lo acontecido, podría llevar a la anulación del Acta de escrutinio general y menos a la del Acuerdo acusado, porque aquella no alcanzó a afectarlos.

Y en cuanto a la discrepancia de lo comunicado en el formulario E-25 acerca del resultado de la votación en Isla del Rosario con lo consignado en el Acta general del escrutinio municipal -y, se repite, de dicha circular- no obra copia en los autos la objeción fue desvirtuada por el Consejo Nacional Electoral al confirmar la tantas veces aludida Resolución No. 009 del 20 de marzo de 1990, pues allí se expresa que ese telegrama es mero auxiliar o documento previo, que no ostenta el carácter de acta definitiva, pues "sólo sirve para ordenar e informar sobre los resultados que se vayan presentando". Lo que en últimas cuenta es el acta levantada por la comisión escrutadora municipal, y por las comisiones auxiliares en casos de zonificación, que efectuan su labor con apoyo en las actas de los jurados de votación. Por tanto, no prospera el cargo.

CONCLUSIONES SOBRE LOS CARGOS

1a. Como atrás se analizó, no prospera la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandada.

2a. Tampoco era procedente disponer, en esta etapa del proceso, que se practicaran las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda, relacionados con la impugnación de las elecciones en Santa Ana y San Zenón, porque no existe prueba legalmente allegada acerca de los presupuestos de hecho del cargo y, por ende, no hay duda ni oscuridad al respecto, sino, procesalmente, total desconocimiento o ignorancia.

3a. Prospera el primer cargo, relacionado con la falsedad ideológica en que se incurrió al apreciar en el Acuerdo acusado, como acta general de escrutinio municipal de Chivolo, el documento tenido como tal por el Consejo Nacional Electoral, y posteriormente por los Delegados del mismo Consejo, porque en ese municipio no hubo, realmente, elección ni escrutinio.

Por ello habrá de anularse ese Acuerdo, pero sólo en lo concerniente a la elección de senadores por la circunscripción electoral del Magdalena para el período 1990-1994, con el objeto de que se practique escrutinio general, con exclusión de los votos depositados en los corregimientos de La Estrella y La China del municipio de Chivolo.

Las demás pretensiones de la demanda no prosperan, por las razones ya expuestas.

Si por efecto del nuevo escrutinio se modifica la lista de los senadores elegidos por la circunscripción electoral del Magdalena, se ordenará la cancelación de las credenciales de quienes pierdan la curul y se expedirán las que resultaren por el mismo efecto.

En mérito de lo expuesto y en desacuerdo con el concepto de la señora Fiscal Séptima colaboradora el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administra-

tivo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. Declárase infundada la excepción de inepta demanda propuesta por el demandado.

SEGUNDO. Declárase la nulidad parcial del Acuerdo No. 5 de mayo 31 de 1990, proferido por el Consejo Nacional Electoral, únicamente en cuanto a la declaración de elección de Senadores de la República por la circunscripción electoral del Magdalena para el período constitucional 1990-1994, debiéndose excluir del escrutinio general de los votos por los diferentes candidatos a Senado de la República, los obtenidos en los corregimientos de La Estrella y La China, del municipio de Chivolo. Con base en el nuevo cómputo total de votos válidos se determinará el cuociente electoral.

TERCERO. Decrétase la práctica de un nuevo escrutinio para Senadores de la República por la circunscripción electoral del Magdalena para el período 1990-1994, con exclusión de los votos determinados en el ordinal anterior.

Para la práctica de dicho escrutinio señálase la hora de las diez de la mañana (10:00 A.M.) del cuarto día hábil siguiente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, en el salón de audiencias de la Sala Plena de la Corporación.

CUARTO. Si, como consecuencia del nuevo escrutinio, hubiese lugar a la variación de la nómina de candidatos declarados elegidos por el Acuerdo que parcialmente se anula, expídanse las credenciales correspondientes y declárense sin valor ni efecto las expedidas a quienes resultaren ilegalmente elegidos.

QUINTO. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia/ **SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL/ CUOCIENTE ELECTORAL**

El cómputo dc votos -inclusive los que en un momento dado puedan considerarse por los accionantes dentro de un juicio electoral como inválidos-, el error aritmético, la falsedad o apocrificidad, los parentescos entre candidatos y escrutadores, etc., no implica, una alteración de la representación proporcional o desconocimiento del cuociente electoral, que haga considerar, que se ha infringido el sistema electoral, entendido como mecanismo para asegurar aquella. 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 (art. 223-5 C.C.A.), es menester que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en la Constitución o en la ley, o sea, el del cuociente electoral.

DEMANDA ELECTORAL - Corrección

La aclaración o corrección de la demanda puede ser total o parcial, es decir, que se puede simplemente adicionar los hechos o sustituirlos por otros, introducir nuevas disposiciones como violadas o como fundamentos de derecho, o nuevos conceptos del quebrantamiento de esas normas superiores de derecho, etc. Lo que no es factible procesalmente hacer, es variar la naturaleza de la acción inicialmente escogida y propuesta, ni mucho menos cambiar el sujeto pasivo de la acción por otro.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia/ **RECLAMACION ELECTORAL/ INSCRIPCION DE CANDIDATOS** - Irregularidad/ **PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO**

Las causales de reclamación en la vía administrativa-electoral que constituían causales de nulidad de las actas y registros electorales, por voluntad expresa del legislador quedaron sólo como tales, es decir, como causales de reclamación y desaparecieron como causales para invocarlas o hacerlas valer ante esta jurisdicción. Parece ser que el legislador al expedir la Ley 62/88, quiso que declarada la elección por el Consejo Nacional Electoral o sus delegados, previa decisión sobre las reclamaciones por esos hechos, si se presentaron oportunamente, en aplicación del principio de eficacia del voto, no se pudiera controvertir esa declaratoria de elección, sino únicamente por motivos de cierta trascendencia o gravedad.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia/ **REGISTRO FALSO**

No se trata de simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes, sino de la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real. De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que ampara los actos de las corporaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado objeto de la acusación. (REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. Sala Plena de lo Contencioso, de mayo 4 de 1971; anales T. LXXX, pág. 406).

SENADOR SUPLENTE

Producida una vacante, absoluta o temporal, de un Senador principal, ella será llenada por los suplentes, siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la respectiva lista, y no puede darse el caso de un número de suplentes superior al número de Senadores principales, que no es el caso en estudio en donde lo que aconteció fue que no se hizo declaratoria de elección de segundo suplente al Senado por la lista encabezada por Holmes Trujillo, lo que determina que producida la falta, absoluta o temporal, del segundo renglón principal declarado elegido, si el suplente del primer renglón de la lista ya se encuentra ejerciendo el cargo de Senador por falta del elegido Senador como primer renglón principal, no habrá quien entre a reemplazarlo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 0359, 0361 y 0362. Nulidad del acto administrativo electoral de declaratoria de elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Valle del Cauca, para el período constitucional 1990-1994. Actores: Carlos Guillermo Castro Guevara, Fernando García Vargas y Luis Fidel Moreno Rumie.

Conoce la Sala de las siguientes demandas promovidas por los ciudadanos indicados anteriormente, por medio de las cuales se formularon las pretensiones de nulidad del acto administrativo electoral de fecha veintitres (23) de marzo de mil novecientos noventa (1990), expedido por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral para la Circunscripción del Valle del Cauca, en cuanto por él se declaró electos como representantes a la Cámara a los doctores CAMILO ARTURO MONTENEGRO, AYMER ARANGO MURILLO e IGNACIO LONDOÑO URIBE, y como Senadores de la República a los doctores CARLOS HOLMES TRUJILLO, ALEJANDRO GONZALEZ JARAMILLO y ARMANDO BARONA MESA, para el período constitucional 1990-1994:

1. La radicada con el No. 0359, actor Carlos Guillermo Castro Guevara, quien actúa en nombre propio, para que, como consecuencia de la anulación del precitado acto, se "declaren electos", en reemplazo de los citados Camilo A. Montenegro y Aimer Arango Murillo, "como REPRESENTANTES -principal y suplente- a la CAMARA por la Circunscripción Electoral del VALLE DEL CAUCA para el período comprendido entre los años 1990 a 1994, a quienes ocupen la cabeza de la lista que haya obtenido la siguiente votación numérica en los comisios electorales del 11 de marzo del año en calendas -en relación con el residuo- previa la realización de nuevo escrutinio por esa H. Corporación", se cancelen las credenciales a las dos personas antes indicadas y se expidan credenciales "nuevas y válidas para el período de 1990 a 1994 como REPRESENTANTES" por la Circunscripción Electoral a los ciudadanos que resulten electos en los escrutinios celebrados por esta Corporación.

1.1. *Fundamentos de la acción.* Invoca este demandante como fundamentos jurídicos de su acción y de sus pretensiones, los artículos 172 de la Carta Política, 223 del C. C. A. tal como fue modificado por el numeral 5° del artículo 17 de la Ley 62 de 1988 y el 228 ibídem, ya que los demandados Montenegro y Arango Murillo, por no haberse inscrito válidanente, no eran elegibles.

Sostiene la parte actora, que se quebrantaron los artículos 7°, 89, 92, 93, 94 y 123 del Código Electoral, por cuanto al aceptar los ciudadanos Camilo A. Montenegro y Aymer Arango Murillo la inclusión de sus nombres en el segundo renglón, principal y suplente, respectivamente, en lista que fue inscrita el 24 de febrero de 1990, o sea, con posterioridad a la inscripción de la lista que ellos encabezaban y que se cumplió el 6 de febrero del mismo año, RENUNCIARON a esta en forma voluntaria y"así se allanaban a los sucesos electorales sunsiguientes (sic)".

2. La radicada con el número 0361, actor Fernando García Vargas, quien actúa igualmente en nombre propio a través de apoderado especial constituido al efecto, para que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del mismo acto administrativo electoral y de "las actas de escrutinio o registros electorales correspondientes a las elecciones del 11 de marzo de 1990 en el Departamento del Valle del Cauca, pero únicamente en cuanto se computaron como válidos los votos depositados a favor de la lista de candidatos para la Cámara de Representantes encabezada por IGNACIO LONDOÑO URIBE, y que se cancelen las credenciales de Representantes a la Cámara expedidas a Londoño Uribe Ignacio como principal y Aluma Domínguez Darío como suplente" se ordene practicar y practique un nuevo escrutinio de los votos emitidos para candidatos a la Cámara de Representantes, excluyendo del cómputo general los votos contenidos en las actas o registros anulados correspondientes a la lista que encabeza IGNACIO LONDOÑO URIBE, se haga la declaratoria de elección de quienes corresponda legalmente, se expídan las credenciales correspondientes y se comunique a las autoridades respectivas.

2.1. *Fundamentos de esta acción.* Se consideran por el actor como quebrantadas las siguientes disposiciones: artículos 2, 20, 55, 99, inciso último del parágrafo transitorio, 172 y 180 de la Constitución Política; 7, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 96, 123, 141 y 192-9 del Código Electoral, 7, 72, 109, 111, 157, 161, 164, 165 y 173; causales 2, 6a. y 7a. -de la Ley 28 de 1979 y 223, causales 2 y 4a., del C.C.A., ya que la lista encabezada por el ciudadano Londoño Uribe fue inscrita por fuera del término legal, los solicitantes de la inscripción de la lista incurrieron en la omisión de no haber hecho, bajo la gravedad del juramento, la declaración de que eran afiliados al "Movimiento de las Mayorías Liberales", la modificación de la lista inicialmente inscrita encabezada por Muñoz Pérez Eusebio mal pudo hacerse, si se tiene en cuenta que la renuncia del indicado candidato no existía para las 5:10 p.m. del día 24 de febrero de 1990, las constancias escritas de aceptación de los candidatos reemplazantes Londoño Uribe y Aluma Domínguez no se acompañaron, ni podían acompañarse, la renuncia de los candidatos que inicialmente encabezaban la lista que se pretendió modificar posteriormente no se realizó por escrito presentado personalmente ante los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, o mediante comunicación dirigida a ellos con nota de presentación personal ante juez, notario o agente consular y, además, esa renuncia se presentó a las 6:15 p.m del 24 de febrero de 1990, es decir, de manera extemporánea, las 30.707 papeletas de votación computadas como votos válidos en favor de la lista encabezada por Londoño Uribe no van en columnas separadas los correspondientes nombres de los candidatos principales y suplentes, tal como fueron inscritos ellos, los votos emitidos mediante papeleta contiene lista parcialmente diferente a la inscrita, los escrutinios realizados no son fiel reflejo de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas, toda vez que los votos que se tuvieron en cuenta para hacer la declaratoria de elección lo fueron en favor de lista diferente a aquella que aparece en las respectivas papeletas de votación, se declaró elegidos representantes a los integrantes de una lista a cuyo favor no fueron depositados los 30.707 votos

computados, lista que, por lo demás como se ha dicho, no había sido legalmente inscrita, siendo por consiguiente falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la fomación de las actas o registros electorales, y, finalmente, porque ni la lista de candidatos contenida en las 30.707 papeletas, ni la lista con cabeza de Ignacio Londoño Uribe, ilegalmente inscrita, podían pretender que se les adjudicara puesto o curul de Cámara por el sistema del cuociente electoral: la primera porque no fue inscrita, la segunda porque no obtuvo votos; al hacerse se quebrantó el sistema de cuociente electoral.

3. La radicada con el número 0362, actor Luis Fidel Moreno Rumie, quien actúa por medio de apoderado especial constituído al efecto, para que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, así como de las actas de escrutinio o registros electorales correspondientes, pero sólo en cuanto se computaron como válidos los votos depositados a favor de la lista de candidatos para el Senado encabezada por CARLOS HOLMES TRUJILLO, se ordene practicar nuevo escrutinio de los votos válidos emitidos para Senadores, período 1990-1994, en el Departamento del Valle del Cauca, excluyendo de dicho escrutinio los votos contenidos en las actas o registros anulados correspondientes a la lista encabezada por Carlos Holmes Trujillo, y se declare la elección de quienes corresponda legalmente, se expidan las credenciales correspendientes y se comunique a las autoridades.

3.1. *Fundamentos de esta acción.* Considera la parte actora en este proceso, que el acto acusado es violatorio de: los artículos 2, 20, 55, 93, inciso 2o. y 180 de la Constitución Política, 1o., inciso 1o., 88, 89, 92, 93, 94, 96, 98, 123, 139, 141, 192-9 del Código Electoral, 173, causales 6a. y 7a., de la ley 28 de 1979 y 223-4 del C. C. A., por cuanto: a) los escrutadores no podían computar como validos 119.286 votos para Senado que no coincidían con ninguna lista inscrita o modificada en legal forma; b) los escrutadores le asignaron dos cupos a una lista para Senado que no obtuvo votos, quebrantándose o violándose así el sistema del cuociente electoral que ordena tener en cuenta los *votos válidos*.

4. ***Los demandados-opositores y sus planteamientos.***

4.1. *Camilo Arturo Montenegro*, representante electo, solicitó que se le tuviera como parte demandada-opositora, y argumentó, en síntesis, que no fueron tres como se expresa en la demanda sino cuatro las listas de candidatos para Cámara de Representantes por la Circunscripción del Valle del Cauca que se realizaron ante la autoridad competente, el día 6 de febrero de 1990, por el "Movimiento de Mayorías Liberales" que lideraba el doctor Carlos Holmes Trujillo, así: la primera encabezada por Miguel Motoa Kuri, la segunda por Alvaro J. Gómez Trujillo, la tercera por Eusebio A. Muñoz Pérez y la cuarta, por Camilo Arturo Montenegro quien aceptó la candidatura en legal forma. El jefe del movimiento, Dr. Carlos H. Trujillo, solicitó la modificación de las listas encabezadas por Muñoz Perea y Motoa Kuri, cambiando, entre otras cosas, al doctor Muñoz Pérez, cabeza de lista, por el Dr. José

Londoño Uribe, y a quien figuraba en segundo renglón por Camilo A. Montenegro, quien realmente aceptó esa postulación, de la cual renunció posteriormente mediante memorial de marzo 6 de 1990, dirigido a los Delegados del Registrador Nacional (fl.57, exp. 0359, cuad. 1). La renuncia a su candidatura para Representante, según la lista inscrita el 6 de febrero de 1990, no se produjo de manera expresa y no podía ser tácita, condición que se le pretende dar a la irregular aceptación a la postulación como segundo renglón de la lista que encabezaba el Dr. Londoño Uribe.

4.2. *Ignacio Londoño Uribe* y *Darío Aluma Domínguez*, representantes principal y suplentes electos, solicitaron también que se les tuviera como parte demandada-opositora dentro del proceso 0361, y argumentaron, a través de apoderada especial constituida al efecto, en síntesis, que la modificación de la lista que inicialmente encabezaba el doctor Eusebio A. Muñoz Pérez se hizo en los términos de ley, ya que no sólo se presentaron las renuncias de quien la encabezaba y de otras personas, según diligencia que comenzó antes de las 6 p.m., aun cuando culminó después de esa hora, sino que se realizó dentro del plazo señalado en el Código Electoral. Concluye sosteniendo que no existe causal de nulidad alguna relativa al quebrantamiento de sistema del cuociente electoral y que la causal especificamente invocada ya no está consagrada en la ley vigente -la 62 de 1988, art. 17- como causal de nulidad.

4.3. *Alejandro González Jaramillo*, Senador electo, solicitó que se le tuviera como parte demandada-opositora dentro del proceso 0362, argumentando su inscripción se hizo en los términos de ley, lo mismo que la modificación, por lo menos en cuanto hace relación al primer renglón para Senado, tanto principal como suplente; que la causal de nulidad invocada en la demanda desapareció como tal en la ley vigente (art. 17 de la Ley 62 de 1988) y, finalmente, que es imposible que se hubieran configurado las doce causales de reclamación, que antes también eran de nulidad, consagradas en la ley 96 de 1985.

Armando Barona Mesa, en su condición de Senador electo, también solicitó que se le tuviera como parte demandada-opositora en el proceso indicado, sosteniendo que la lista inscrita fue por la que realmente se sufragó, que la inscripción y modificación se hizo en los términos de ley, que no se configura la causal de nulidad invocada, por cuanto desapareció como tal en el nuevo ordenamiento jurídico, y que tampoco se da la de computar los votos válidos con violación del sistema del cuociente electoral.

En sus alegatos de conclusión presentados dentro de la oportunidad que se señaló para ello, después de decretadas y practicadas las pruebas solicitadas por las partes que se consideraron conducentes y eficaces por los consejeros conductores de los procesos, posteriormente acumulados, los demandantes y demandados-opositores insistieron en sus planteamientos.

5. ***El concepto del señor agente del Ministerio Público.***

En concepto rendido el día primero de febrero del presente año, la Fiscalía Séptima de esta Corporación a cargo de la doctora Miren De La Lombana de Magyaroff, es de parecer que se nieguen las pretensiones de las tres demandas, por considerar:

a) En cuanto a las contenidas en la demanda 0359, actor Carlos Guillermo Castro Guevara, que no se configuró la causal de nulidad consagrada en el art. 223-5 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el art. 17 de la Ley 62 de 1988, ni se quebrantó, por consiguiente, el artículo 172 de la Constitutión Política que consagra el denominado "sistema" del cuociente electoral para garantizar la representación proporcional de los partidos, por cuanto el fin de la normatividad no es establecer qué debe entenderse por votos válidos, sino asegurar dicha representación proporcional; en otras palabras, lo que se establece es un mecanismo para lograr la finalidad enunciada, y no puede deducirse de ellas que el cómputo de votos inválidos, así aparezca demostrado el hecho, sea violatorio de la disposición; la violación debe predicarse de aquella que establezca, en forma específica, la invalidez de tales votos, pues de lo confrario, es decir, si se diera a la disposición la interpretación que realiza la demanda, sobraría cualquier previsión sobre nulidades, y las existentes no tendrían aplicación.

Y, en cuanto al quebrantamiento del artículo 220 del C.C.A., de su texto se deduce claramente que se trata de la posibilidad de ocurrir ante la jurisdicción para pedir la nulidad de una elección.

Finalmente, observa la Fiscalía que el problema está en las irregularidades que rodearon la inscripción de la lista que resultó beneficiada con una curul, pero esas irregularidades dejaron de ser consideradas como configurativas de causal de nulidad, a partir de la ley 62 de 1988, lo que impide hacer un estudio más profundo del caso.

b) En lo que respecta a las contenidas en la demanda radicada con el No. 0361, actor Fernando García Vargas, que los fundamentos fácticos de los cargos formulados en los números I a VIII (haberse votado por lista no inscrita oportunamente, ya que la que se inscribió lo fue con violación de la ley, no haberse hecho la inscripción bajo juramento, haberse solicitado y obtenido la modificación de la lista sin haberse producido la renuncia de quien encabezaba la inicial dentro del plazo legal, no haberse acompañado las constancias de aceptación, las papeletas no incluyeron en columnas separadas los nombres de los candidatos principales y suplentes, contener las papeletas de votación una lista parcialmente distinta a la inscrita y, finalmente, no haber quedado reflejada en el resultado del escrutinio la voluntad de los sufragantes sino la de los señores escrutadores) no aparecen como configurativos de causal de nulidad en el art. 17 de la ley 62 de 1988, vigente en la época en que ocurrieron los hechos; son simples irregularidades que, para la ley, no son suficientes para hacer las declaratorias solicitadas.

En cuanto al cargo formulado en el número IX -cuando aparezca que son falsos o apócrifos los registros, o los elementos que hayan servido para su formación-, observa la Fiscalía, que los elementos fácticos no encajan en los supuestos previstos en la norma, pues mientras en ésta se exige la existencia y prueba plena de elementos falsos o apócrifos (deformación, simulación u ocultamiento de lo real, decir, de lo verdadero) bien para desfigurarlo o para mostrar como cierto algo que no existe, mediante la farsa o la ficción, los hechos demuestran que tales circunstancias no se dan ni en los registros ni en los elementos que los conforman. En síntesis, las supuestas o reales irregularidades en el proceso de inscripción de una lista, no tornan por sí solos en falsos o apócrifos los registros y sus elementos.

En lo que toca al cargo X, relativo al supuesto quebrantamiento del art. 172 de la Constitución que consagra el sistema del cuociente electoral, se remite a lo que ya expresara anteriormente en relación con la demanda 0359.

c) En lo que hace a la demanda radicada con el 0362, que los cargos formulados del I al VI -(los votos que se contabilizaron como válidos no lo eran porque el texto no coincide con ninguna de las listas inscritas, que, por lo mismo, no podían ser modificadas, los solicitantes de la inscripción no declararon bajo juramento a cuál movimiento o partido pertenecían, si no hubo lista legalmente inscrita no podía efectuarse cambio alguno, como se hizo con desconocimiento de la ley, en las papeletas no aparecen en columnas separadas los nombres de candidatos principales y suplentes, cono lo ordena la ley, no es válido un voto depositado utilizando una papeleta que contiene una lista parcialmente distinta a lo inscrita, y, finalmente, el resultado refleja la voluntad de los escrutadores, más no la de los electores)-, que los cargos formulados, se repite, son iguales en su fundamentación a los planteados en la demanda radicada con el número 0361, por lo cual se remite a las consideraciones hechas al referirse a ella.

En lo que atañe al cargo VII -el número de suplentes no coincide con el de los principales-, precisa que el hecho alegado no constituye causal de nulidad, según el art. 17 de la ley 62 de 1988.

El cargo VIII -falsedad o apocrificidad de los registros o de sus elementos, porque se declararon elegidos a quienes estaban en una lista no inscrita legalmente-, merece los mismos comentarios que se hicieron respecto al cargo IX en el expediente 0361, a los cuales se remite.

Y, finalmente, en cuanto al cargo IX -invalidez de los votos y quebrantamiento de la norma que consagra el sistema del cuociente electoral-, es igual al cargo X en el proceso 0361, por lo cual la Fiscalía se remite a lo ya expresado sobre ese particular.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

I. El proceso distinguido con el número 0359, actor Carlos Guillermo Castro Guevara.

Como se ha visto, el ataque formulado contra el acto administrativo electoral, en cuanto declaró elegidos como representantes a la Cámara por la Cir-cunscripción del Valle del Cauca, a los ciudadanos Camilo A. Montenegro y Aimer Arango Murillo, principal y suplente, respectivamente, se fundamenta en el hecho de haberse inscrito una lista por el "Movimiento de Mayorías Liberales", encabezada por dichas personas, no obstante lo cual, posteriormente y dentro del término de ley, se modifica otra lista inscrita por el mismo movimiento político, la que encabezaba Eusebio Muñoz Perea, para incluir a las mismas personas indicadas como segundo renglón, principal y suplente, las que aparecen aceptando esa inclusión, razón por la cual debe entenderse que ellas renunciaron a la lista que encabezaban y entraron a integrar la de Ignacio Londoño Uribe. En esas condiciones, no son válidos los votos emitidos por la lista inicial.

Para la Sala es completamente válido el planteamiento que hace la distinguida colaboradora del Ministerio Público: los artículos 172 de la Carta y 223-5 del C.C.A. (art. 17-5 de la Ley 62 de 1988), que consagra el denominado "sistema" del cuociente electoral para garantizar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular que se realice en el país, y el quebrantamiento del ordenamiento constitucional como causal de nulidad que se puede plantear ante esta jurisdicción, no tienen como finalidad establecer qué debe entenderse por votos válidos, sino la de asegurar esa representación proporcional, es un mecanismo para lograr la finalidad enunciada, y no puede deducirse de ellas que el cómputo de votos inválido, así aparezca demostrado el hecho, sea violatorio de la disposición constitucional y constituya causal de nulidad de los respectivos registros según el numeral 5° del art. 223 del C.C.A. pues sobraría, entonces, toda previsión legal sobre nulidades electorales, ya que todas las irregularidades o los vicios que se dieran en el procedimiento electoral quedarían comprendidos dentro de la causal general "violación del sistema del cuociente electoral".

La Sala reitera lo que ha dicho en diversas ocasiones, acogiendo en ese particular lo que expresara la extinguida Sala Electoral de esta Corporación en providencias como la de febrero 26 de 1987, expediente E-016, ponencia del señor consejero Gaspar Caballero Sierra: el sistema electoral es 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, lo cual se encuentra establecido en diversas normas de nuestra legislación positiva orientadas, además, por el precitado postulado democrático de la repre-

sentación popular y los principios que gobiernan el procedimiento electoral, lo que conduce, ineluctablemente, a la conclusión de que el cómputo de votos -inclusive los que en un momento dado puedan considerarse por los accionantes dentro de un juicio electoral como inválidos-, el error aritmético, la falsedad o apocrificidad, los parentescos entre candidatos y escrutadores, etc., no implica, no puede implicar, una alteración de la representación proporcional o desconocimiento del cuociente electoral, que haga considerar, ciertamente, que se ha infringido el sistema electoral entendido como mecanismo para asegurar aquella (Sentencia de abril 12 de 1989, ponenté Dr. Miguel González Rodríguez, Exp. 0276).

Concordante con lo precedente, igualmente se ha expresado: "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, se refiere la providencia a la quinta del art. 223 del C.C.A., es menester que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en la Constitución o en la ley, o sea, 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 solo dos individuos "(art. 172 de Const. Política)". Sentencia de marzo 14 de 1990, Exp. 0347, ponente quien redacta la presente.

En tales condiciones, forzoso es concluír que no se ha quebrantado el artículo 172 de la Carta, ni se configura por ello la causal quinta del artículo 223 del C.C.A., como lo sostiene el accionante Carlos Guillermo Castro Guevara.

Tampoco se ha producido el quebrantamiento del artículo 228 del C.C.A., igualmente invocado en dicha demanda, por cuanto, como bien lo observa la señora agente del Ministerio Público, de su texto se deduce claramente que se trata de establecer la posibilidad que tiene toda persona de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, excepcionalmente ante la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, para solicitar la declaratoria de nulidad de una elección o de un nombramiento realizado en cualquiera de las ramas del poder público o popularmente.

Se está en presencia, por lo demás, de irregularidades que rodearon la inscripción de la lista del hoy representante a la Cámara Camilo A. Montenegro, que dejaron de ser, a partir de la vigencia de la Ley 62 de 1988, art. 17, causal de nulidad de los registros y actas de escrutinio de jurados y corporaciones electorales.

Por consiguiente, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

En esta forma, queda decidida la demanda promovida por el ciudadano Carlos Guillermo Castro Guevara.

II. ***El proceso distinguido con el No. 0361, actor Fernando García Vargas.***

Lo primero que corresponde a la Sala decidir, es lo relativo a la petición que formula la señora apoderado de los demandados-opositores Londoño Uribe y Aluma Domínguez, tanto en su escrito de contestación de la demanda, como dentro del que presentó durante el término para alegar de conclusión, para que no se tenga en cuenta por la Sala, en el momento de esta decisión, el escrito de corrección de la demanda presentado por el apoderado de la parte actora, por considerar aquella que no se trató de una simple corrección sino de una nueva demanda presentada cuando ya había vencido el término de caducidad de la acción, ya que "amplió algunas de sus peticiones y pretensiones", lo que no era de recibo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado los alcances de la facultad que le concede la ley a la parte actora para corregir, aclarar o enmendar su demanda, expresando que ese derecho o facultad forma parte de la acción misma que por medio de la demanda se promueve, por cuanto si el actor no tuviera la facultad para aclarar o enmendar sus propias peticiones dentro de ciertas reglas, la acción quedaría limitada a los términos iniciales propuestos, lo cual puede hacer nugatoria la justicia que por ella se impetra. Es, una auténtica garantía procesal que tiene el carácter de medida de orden público.

La aclaración o corrección de la demanda puede ser total o parcial, es decir, que se puede simplemente adicionar los hechos o sustituirlos por otros, introducir nuevas disposiciones como violadas o como fundamentos de derecho, o nuevos conceptos del quebrantamiento de esas normas superiores de derecho, modificar o adicionar las pretensiones, incluir una persona, de derecho público o privado como parte demandada junto con la que contra inicialmente se formuló la demanda; por el contrario, sustituir la demanda primitiva en su totalidad por una nueva que venga a reemplazarla totalmente. Lo que, por el contrario, no es factible procesalmente hacer, es variar la naturaleza de la acción inicialmente escogida y propuesta, como, por ejemplo, sustituir una acción de nulidad por una de reparación directa, o por una relativa a contratos administrativos, o viceversa, ni mucho menos cambiar el sujeto pasivo de la acción por otro, ya que ello no tendría que ver con el objeto de esa facultad de corregir errores o llenar vacíos, sino que se trataría de una nueva demanda que podría ya no estar presentada dentro del término de caducidad de la acción.

Dicho lo anterior, observa la Sala que la apoderada de la parte demandada en este proceso no tiene razón en su petición, por cuanto lo que hizo el actor, dentro de la oportunidad legal para ello y sin cambiar o sustituir la acción inicialmente escogida, ni el acto o actos administrativos contra los cuales dirigió en principio la demanda, fue adicionar los hechos en que fundamenta sus pretensiones, ampliar las disposiciones violadas y el concepto de la violación, todo lo cual,

como se vio, está procesalmente permitido. Por manera, que no puede decirse que se trató de una nueva demanda que, al momento de su presentación dentro del plazo de ley, se encontrara caducada en cuanto respecta a la acción que por aquella se ejercitó.

En consecuencia, la Sala entrará a analizar el fondo de la contención.

Las irregularidades que rodearon la inscripción de la lista de Londoño Uribe Ignacio, para la Cámara de representantes por la Circunscripción.

En el libelo de demanda el ciudadano García Vargas, como ya se vio, expresa que se incurrió en las siguientes irregularidades y violación de las correspondientes disposiciones del Código Electoral y de la Ley 28 de 1979, que determina la nulidad del acto acusado:

a) La lista de Londoño Uribe no fue inscrita a más tardar a las 6 p.m. del 6 de febrero de 1990, violándose así el art. 88 del C.E., no obstante lo cual se le adjudicó una curul.

b) Las personas que inscribieron la lista no hicieron, bajo juramento ante los Delegados del Registrador, la declaración exigida por la norma de ser afiliados al Movimiento de Mayorías Liberales, por el cual se solicitaba la inscripción de la lista, por lo cual se quebrantó el art. 93 del C.E. y el 165 de la Ley 28 de 1979.

c) Como no existía lista de candidatos oportunamente inscrita para Cámara encabezada por Londoño Uribe, mal pudo hacerse modificación de esa lista por causa de muerte, pérdida de derechos políticos, renuncia o no aceptación de alguno o algunos de los candidatos; la supuesta renuncia del candidato a primer renglón principal Eusebio Muñoz Pérez y a su primer suplente no existía a las 5:10 p.m. del día 24 de febrero de 1990 cuando se presentó la solicitud de modificación de la lista, y por tanto se violó el art. 94 del C.E. y el 161 de la Ley 28 de 1979, según los cuales la modificación de una lista sólo puede hacerse cuando ocurra uno de dichos eventos.

d) Las constancias escritas de aceptacion de los candidatos reemplazantes del primer renglón principal Londoño Uribe y del primer renglón suplente Aluma Domínguez no se acompañaron, ni podían acompañarse a la solicitud de modificación, pues ya se vio que a las 5:10 p.m. del 24 de febrero de 1990, cuando se solicitó la modificación, no existían las renuncias de los candidatos que pretendían reemplazarse. Por ello hubo violación del art. 92 del C.E. y del 164 de la Ley 28 de 1979.

e) Se quebrantaron los artículos 163 de la Ley 28 de 1979 y 96 del C.E. en armonía con lo dispuesto en los artículos 161 de la misma ley y 94 del preindicado código, porque a la modificación de la lista que se pretendió hacer no precedieron las renuncias de los que se iban a reemplazar, presentadas mediante escrito que

llevara nota de presentación personal ante los Delegados del Registrador, o mediante comunicación dirigida a los mismos con nota de presentación personal ante Notario, juez o agente consular. La renuncia presentada por Eusebio Muñoz Perea en la hora y fecha indicada anteriormente, por cuanto, además de extemporánea, no cumple ninguno de los requisitos anotados.

f) Las 30.707 papeletas de votación computadas como votos válidos en favor de la lista demandada, no van en columnas separadas en cuanto a candidatos principales y suplentes, y por ello se quebrantó el art. 72 de la Ley 28 de 1979 y el 123 del C.E., en razón de su falta de aplicación.

g) Las 30.707 papeletas de votación computadas contienen una lista parcialmente distinta a la inscrita, lo que hace que sean nulos al tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del art. 192 del C.E., en concordancia con el art. 173, causal 7a., de la Ley 28 de 1979, y la jurisprudencia de esta Corporación expuesta en sentencias de octubre 31 de 1980 y 2 de agosto de 1983.

h) Finalmente, el acto acusado es violatorio del inciso primero del art. 1° del C.E., por cuanto, en esas condiciones, los escrutinios realizados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, no son reflejo exacto de la voluntad del elector expresada en las urnas, sino de la de los escrutadores.

Si se observa, con algún detenimiento, el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, por medio del cual se subrogó el artículo 223 del C.C.A., sobre causales de nulidad que pueden afectar las actas de escrutinio de los jurados de votación y *de toda corporación electoral*, se encontrará que la causal sexta de la norma subrogada, o sea, la ocurrencia *de cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación* de que trata el artículo 42 de esta ley - Ley 96 de 1985, art.65 que había ya subrogado el indicado art. 223 del C.C.A., desapareció como tal, es decir, no existía en el momento de los hechos que dieron origen a esta contención. En otras palabras, las causales de reclamación en la vía administrativa-electoral, que, al mismo tiempo por mandato del art. 65 de la Ley 96 de 1985, constituían causales de nulidad de las actas y registros electorales, por voluntad expresa del legislador, quedaron sólo como tales, es decir, como causales de reclamación y desaparecieron como causales para invocarlas o hacerlas valer ante esta jurisdicción.

Probablemente, se podría pensar y así lo afirma la distinguida agente del Ministerio Público, por cuanto el legislador quiso que las simples irregularidades, como, por ejemplo, la no manifestación expresa del partido o movimiento político al cual pertenecen los que inscriben una lista, la modificación irregular de la lista por quienes la inscribieron inicialmente, la no existencia de las constancias escritas de aceptación de los diferentes candidatos, la de no ir en columnas separadas los candidatos principales y los candidatos suplentes, etc., producido el resultado electoral y expedidas las credenciales, no puedan tener la virtud de determinar la anulación del verdadero querer popular, y, con ello, sí se buscó garantizar el principio de la "eficacia del voto".(...)

Por ello, la Sala está de acuerdo con la agencia fiscal en el sentido de que, en cuanto hace relación a estos ocho cargos, la demanda no está llamada a prosperar.

Falsedad o apocrificidad de los elementos que sirvieron para la formación del Registro Electoral - causal 2a. del art. 223 del C.C.A., en concordancia con la causal 2a. del art. 173 de la Ley 28 de 1979.

Para la Sala es indubitable que las irregularidades en el proceso de inscripción y modificación de la lista en cuyo favor se depositaron los 30.707 votos, que determinaron la adjudicación de una curúl a la Cámara, a que antes se refirió, no tornan por sí solos en falsos o apócrifos los registros o sus elementos, como lo expresa la señora Fiscal.

La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad como sinónimas que son -ha dicho esta Corporación-, implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo, mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción. Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para empañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que "sanciona la ley." No se trata pues de simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes, sino de la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real ... De lo contrario, la presunción de legalidad y veracidad que ampara los actos de las corporaciones electorales bastará para mantener incólume el resultado objeto de la acusación" (Sentencia de la sala plena lo contencioso administrativo de mayo 4 de 1971, Anales, Tomo LXXX, pág. 406).

Por lo dicho, tampoco este cargo está llamado a prosperar.

Violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución y en la ley, al computar 30.707 que no son válidos por las irregularidades en la inscripción de la lista.

En lo que hace relación a este cargo final -causal 4a. del art. 223 del C.C.A.-, la Sala se remite a lo que ya expresara en relación con el mismo cargo formulado en el proceso 0359: cualquier vicio o irregularidad que se presente en el proceso electoral, no puede llegar o configurar la precitada causal de nulidad, por cuanto para que ello suceda es indispensable que se hayan computado los votos, emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente al deterninado en el art. 172 de la Constitución Política y en la ley que lo desarrolla, es decir, al del mecanismo previsto para garantizar la presentación proporcional de los partidos, independientemente de si los votos que tengan en cuenta para declarar el resultado, sean válidos o no. Si no lo son, otra u otras serán la causal o causales de nulidad a invocar. De no ser así, las normas que la consagran sobrarían, bastando que el legislador hubiera consagrado como causal de nulidad única, la de violación del sistema del cuociente electoral.

Por lo expuesto, tampoco prospera el cargo.

En esta forma queda decidida la demanda promovida por el ciudadano Fernando García Vargas.

III. ***El proceso distinguido con el No. 0362, actor LUIS FIDEL MORENO RUMIE.***

En este juicio, igualmente, la señora apoderada del demandado opositor Alejandro González Jaramillo, solicitó tanto en el escrito de contestación de la demanda, como dentro del término para alegar de conclusión, que no se tuvira en cuenta por la Sala, en el momento de dictar sentencia, el escrito de corrección de la demanda presentado por la parte actora, por considerar que se está en presencia de una "nueva demanda", presentada por fuera del término de caducidad de la acción electoral.

Al respecto se reitera lo dicho por la Sala en relación con el mismo aspecto planteado en el proceso No. 0361: la parte actora se limitó en su escrito de corrección de la demanda primitiva a corregir sus pretensiones, adicionar los hechos y ampliar el concepto de la violación, sin variar la naturaleza de la acción inicialmente escogida, ni los actos administrativos impugnados. Es decir, ejercitó su facultad legal dentro de los presupuestos procesales anotados anteriormente por la Sala.

Por ello, se rechazará la petición formulada por la señora apoderada de uno de los demandados-opositores, y se entrará a resolver sobre el aspecto de fondo de la contención.

Las irregularidades que rodearon la inscripción de la lista de CARLOS HOLMES TRUJILLO para Senadores por la Circunscripción Electoral del Valle.

En el libelo de demanda la parte actora, como se vió, expresa que se incurrió en las siguientes irregularidades en la inscripción de la lista del ciudadano Carlos Holmes Trujillo y en la violación de las correspondientes disposiciones del Código Electoral y de la Ley 28 de 1979, lo que determina la nulidad del acto acusado:

a) La lista por la cual se depositaron los 119.286 votos computados al MOVIMIENTO DE LAS MAYORIAS LIBERALES no fue inscrita a más tardar a las seis de la tarde del martes seis de "marzo de 1990" (sic) y nunca fue inscrita. También se violó el artículo 88 del C.E. porque la lista del MOVIMIENTO DE LAS MAYORIAS LIBERALES a favor de la cual se adjudicaron las dos curules del Senado, que es diferente de la de las papeletas de votación, tampoco fue inscrita oportunamente, ya que tal inscripción sólo se vino a hacer el 24 de febrero de 1990.

b) Los solicitantes de la inscripción de la lista, señor Carlos Holmes Trujillo, Miguel A. Motoa K. e Hilda A. Rivera de Rodríguez, no hicieron bajo juramento,

ante los Delegados del Registrador Nacional, la declaración exigida por los artículos 93 del C.E. y 165 de la Ley 28 de 1979, de ser afiliados al Movimiento de las Mayorías Liberales, por el cual se solicitaba la inscripción de la lista.

c) Por sustracción de materia, esto es, por no existir lista de candidatos oportunamente inscrita por el Movimiento Indicado para Senado, mal podía hacerse modificación de lista por causa de muerte, pérdida de los derechos políticos, renuncia o no aceptación de alguno o algunos de los candidatos, de todo lo cual se sigue la violación del artículo 94 del C.E. y 161 de la Ley 28 de 1979 que hace inválida o nugatoria la modificación solicitada por los mismos.

d) En las 119.286 papeletas de votación computadas al Movimiento de las Mayorías Liberales no van en columna separadas los correspondiente nombres de los candidatos principales y suplentes, tal como fueron inscritos, quebrantándose lo dispuesto por los artículos 123 dcl C.E. y 72 de la Ley 28 de 1979.

e) Por cuanto se cuestiona la validez del voto emitido mediante papeleta que contiene lista parcialmente diferente a la inscrita, concretamente en cuanto incluye candidatos distintos a los que figuran en la lista supuestamente inscrita o modificada, por ser ello contrario al Código Electoral, no está de más citar las juriprudencias sobre el particular de la sala plena de lo contencioso del Consejo de Estado, contenidas en las sentencias de octubre 21 de 1980 y 2 de agosto de 1983; por ello, se quebrantaron los artículos 173-7 de la Ley 28 de 1979 y 192-9 del C.E.

f) Finalmente, se violó el art. 1° del C.E., porque los escrutinios realizados por los Delegados del Consejo Nacional Electoral no son reflejo exacto de los resultados de la votación según la voluntad del elector, sino que son más bien la voluntad de los escrutadores.

Como ya se dijo en relación con el proceso 0361, (acumulado) en el cual se invocaron los mismos hechos y las mismas disposiciones relativas a cómo se debe proceder a realizar la inscripción de listas para corporaciones públicas, todos aquellos que estaban consagrados en la ley no solo como causales de reclamación ante las propias autoridades electorales, sino igualmente como causales de anulación ante el juez administrativo (Ley 96 de 1985, art. 65, subrogatorio del art. 223 del C.C.A.), por virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, subrogatario del art. 65 de la precitada Ley 96 de 1985, desaparecieron como causales de anulación de las actas y registros electorales, como repetidamente lo ha expresado esta Sala en diversas ocasiones, persistiendo como simples causales de reclamación en la vía administrativa electoral.

Ello hace que la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, contenidad en sentencias como las invocadas en la demanda, sobre nulidad de los votos emitidos en favor de lista de candidatos no inscrita o con inscripción irregular por falta, por ejemplo, de la constancia de aceptación de los candidatos, del juramento de pertenecer al partido o movimiento político por el cual se inscribe la lista, modificación extemporánea o irregular de

la lista de candidatos, etc., elaborada antes de la expedición de la Ley 62 de 1988, no sea aplicable, en esas materias, o las situaciones o elecciones que se han presentado a partir de la vigencia de la indicada Ley que sustituyó la causal sexta de la Ley 96 de 1985, por la del parentesco entre jurados o escrutadores y candidatos a los cargos de elección popular.

Siendo ello incontrovertible, como lo es, carece de objeto que la Sala entre a analizar la prueba producida en este juicio para demostrar los hechos alegados, pues, aún demostrados plenamente, ellos no pueden ser considerados como causal de nulidad que determine la anulación de los 119.286 computados en favor de la lista inscrita de manera irregular. Parece ser, se repite, que el legislador al expedir la Ley 62 de 1988, quiso que declarada la elección por el Consejo Nacional Electoral o sus Delegados, previa decisión sobre las reclamaciones por esos hechos, si se presentaron oportunamente, en aplicación del principio de "eficacia del voto", no se pudiera controvertir esa declaratoria de elección, sino únicamente por motivos de cierta trascendencia o gravedad, como, por ejemplo, el ejercer violencia contra los escrutadores, la destrucción de las papeletas de votación o su mezcla con otras, aparecer que el registro es falso o apócrifo, o los elementos que hayan servido para la formación del mismo, el computar votos con violación del sistema del cuociente electoral, la alteración sustancial de las actas de escrutinio, después de firmadas por los miembros de la Corporación que las expiden, el cómputo de votos en favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para ser electos, etc., pues, parecería ilógico y contrario a todo principio democrático que emitidos, por ejemplo, 120.000 votos en favor de una lista de candidatos inscrita con alguna o algunas irregularidades, como el no haber prestado el juramento de pertenecer a determinado partido o movimiento por el cual se inscribió la lista, o no haber expresado los que inscriben una lista de candidatos que pertenecen al partido o movimiento político por el cual la inscriben, el juez administrativo desconozca la voluntad de los electores y, como consecuencia de una declaratoria de nulidad, vengan a resultar elegidas personas que no contaron con una votación de la misma dimensión o magnitud.

Por lo dicho, los cargos indicados anteriormente no están llamados a prosperar.

Quebrantamiento del artículo 93 de la Constitución, por cuanto el número de suplentes inscritos no fue igual al número de Senadores principales y porque al hacer la declaratoria de elección no se siguió el orden de colocación de los nombres de la lista, orden que no puede ser otro que el de la lista legalmente inscrita.

Lo primero que cabe observar, como lo anota la Fiscalía de la Corporación, es que el hecho invocado no está expresamente consagrado como causal de nulidad en el art. 17 de la Ley 62 de 1988. Lo segundo, que la disposición constitucional invocada por la parte actora sólo establece que las "faltas absolutas o temporales de los Senadores serán llenadas por los suplentes respectivos, siguiendo el orden

de colocación de sus nombres en la correspondiente lista electoral", y, que "el número de suplentes será igual al número de Senadores principales", es decir, que, de un lado, producida una vacante, absoluta o temporal, de un Senador principal, ella será llenada por los suplentes, siguiendo el orden de colocación de sus nombres en la respectiva lista, y que no puedo darse el caso de un número de suplentes superior al número de Senadores principales, que no es el caso en estudio en donde lo que aconteció fue que no se hizo declaratoria de elección de segundo suplente al Senado por la lista encabezada por Carlos Holmes Trujillo, lo que determina que producida falta, absoluta o temporal, del segundo renglón principal declarado elegido, si el suplente del primer renglón de la lista ya se encuentra ejerciendo el cargo de Senador por falta del elegido Senador como primer renglón principal, no habrá quien entre a remplazarlo.

Aconteció, algo similar a los casos que se han presentado, de obtener una lista legalmente inscrita una votación de tal magnitud que determina la adjudicación de un número de curules superior al número de candidatos, principales y suplentes, inscritos, y que, en manera alguna, puede conducir a la declaratoria de nulidad de todos los votos emitidos por la respectiva lista, por supuesta violación del artículo 93 de la Carta Política.

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

Son falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación de las actas o registros electorales con base en los cuales se hizo la declaratoria de elección de los Senadores demandados, porque el acto acusado declaró elegidos como tales a personas integrantes de una lista en cuyo favor no fueron depositados los 119.286 votos, (causal 2a. del art. 223 del C.C.A., en concordancia con el art. 173-2 de la Ley 28 de 1979).

Ya se dijo, y ahora se repite, que la Sala considera que las irregularidades en el proceso de inscripción y modificación de una lista electoral, no tornan por sí solos en falsos o apócrifos los elementos que sirvieron para la formación del registro electoral y consiguiente declaratoria de elección, por cuanto aquellas no implican que se deforme, simule u oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo, mediante la adición o sustracción de factores cuantitativos o cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para mostrar como cierto lo que no existe mediante la farsa o la ficción, todo ello en orden a tergiversar la verdad electoral. Se trata, entonces, sólo de ello: simples irregularidades que hoy en día no constituyen, como en el pasado, causal o causales de nulidad de las actas o de los registros.

Por lo expuesto, tampoco prospera este cargo.

Violación del sistema del cuociente el electoral adoptado por la Constitución y las leyes (causal 4a. del art. 223 del C.C.A.), *al computarle 119.286 votos a una lista que no fue legalmente inscrita, o que, por la forma como quedó después de la modificación no obtuvo votos.*

La Sala, una vez más y para decidir sobre este cargo de la demanda promovida por el ciudadano Fidel Moreno R., igual al planteado en los otras dos a las cuales se hizo referencia anteriomente, se remite a lo que expresara en el proceso 0359 sobre el particular: cualquier vicio o irregularidad que se presente en el proceso electoral, no configura la causal de nulidad consagrada en el numeral 4° del art. 223 del C.C.A.; para que ello suceda es indispensable 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 determina en el art. 172 de la C.P. y en la ley que lo desarrolla, es decir, al del mecanismo previsto para garantizar la representación proporcional de los partidos, independientemente de si los votos que se tengan en cuenta para declarar el resultado, son válidos o no. Si no lo son, otra u otras serán la causal o causales de nulidad que se deben invocar, pues de lo contrario, sobrarían las normas que consagran esos hechos como causal de nulidad.

Por ello, tampoco prospera el cargo.

En esta forma queda decidida la demanda promovida por ciudadano Luis Fidel Moreno Rumie.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

1o. NIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano CARLOS GUILLERMO CASTRO GUEVARA.

2o. NIEGANSE las pretensiones del la demanda promovida por el ciudadano FERNANDO GARCIA VARGAS.

3o. NIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano LUIS FIDEL MORENO RUMIE.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Alejandro Bula Ordosgoitia,* Conjuez; *José Antonio Salazar Cruz,* Conjuez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL/ AUTO ADMISORIO/ NOTIFICACION

La jurisprudencia de la Sala en relación con la notificación del auto admisorio de la demanda electoral es válida a pesar de las modificaciones introducidas al artículo 233 C.C.A. por el artículo 60 del Decreto 2304/89, pues éstas se limitan a disponer la notificación personal del auto admisorio de la demanda no sólo para el nombrado sino también para el "elegido por junta, consejo o entidad colegiada". Además de la reducción de términos, la norma dejó como forma genérica de notificación del aludido auto, para cuando no se trate de demanda de nulidad de acto declaratorio de nombramiento o elección por junta, consejo o entidad colegiada, pero tampoco de aquella cuya nulidad dé lugar a la práctica de nuevo escrutinio, la estatuida en los numerales 1 y 2 del inciso primero del citado artículo 60.

DEMANDA ELECTORAL - Interpretación/ FUNDAMENTOS DE HECHO

La causa *petendi* es la razón de hecho que se indica en la demanda como fundamento de las peticiones. Debe ser buscada exclusivamente dentro del marco de la demanda, con criterio formal amplio que conduzca a su interpretación lógica y no a su simple tenor literal, teniendo cuidado de no confundírsela con el derecho aducido como violado y mucho menos con las pruebas tendientes a la demostración de los hechos que la constituyen. Tampoco cabe buscarla en consideraciones abstractas de orden filosófico, sociológico o político por fuera del ámbito de la demanda.

ACUMULACION DE PRETENSIONES

La procedencia o viabilidad de la acumulación de pretensiones generalmente depende de la voluntad del demandante, fijándose por la ley, como únicas limitantes a ese arbitrio, que el juez sea competente para

conocer de todas, que a todas corresponda el mismo procedimiento y que no se excluyan entre sí, esto es, que puedan coexistir, que se relacionen por alguno de sus elementos o que exista entre ellas cualquier factor de conexidad, como los sujetos, la causa o el objeto. Las distintas formas de acumulación deben cumplir con las exigencias de conexidad del artículo 82 del C.P.C., constituyéndose esta figura en una excepción al principio de Derecho Procesal que enseña y quiere que al ejercicio de cada pretensión corresponde un proceso independiente, obedeciendo aquélla a razones de economía, celeridad e inmediación.

ACCION ELECTORAL/ CADUCIDAD

La parte demandante no tiene por qué asumir las consecuencias de la demora en decidir la inadmisión de la demanda. No es acertado el criterio (del recurrente) según el cual la caducidad ocurrió antes en la fecha en que se presentó el libelo corregido. El término de caducidad sólo es fatal e inexorable cuando no se ejercita en tiempo la acción; pero si se pone en movimiento la jurisdicción dentro de la oportunidad de ley, toda circunstancia que lo extienda o prorrogue, ajena a la voluntad del actor, no puede afectar su derecho de accionar.

CONCEJAL - Inhabilidades/ **EMPLEADO PUBLICO** - Docentes

El régimen especial de los docentes hace referencia a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñen tales cargos, pero en modo alguno con la capacidad electoral pasiva o derecho de ser elegido, regulada por normas propias de esa materia. En el caso de autos se acreditó que los concejales elegidos estaban vinculados a planteles de educación oficial en los seis meses anteriores a su elección, encontrándose inhabilitados para acceder a la corporación edilicia.

REITERACION JURISPRUDENCIAL: Sent. oct. 24/90, exp. 0444. Ponente Dr. Miguel González R. y sent. nov. 21/90, exp. 0440, actor Hernán Alonso Mazo Giraldo, Ponente Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0491. Apelación de la sentencia de fecha 22 de octubre de 1990, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Caquetá. Actor: Rosalba Gavilar Novoa.

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide el recurso de apelación interpuesto y sustentado en oportunidad por el señor apoderado de la parte demandada contra la sentencia de la referencia, favorable a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

I. *La demanda y sus fundamentos*

1o. En su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, la ciudadana Rosalba Gavilar Novoa solicitó la nulidad del acto administrativo de fecha 15 de marzo de 1990, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de Florencia, Caquetá, en cuanto declaró elegidos a los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, como concejales de esa capital, principal el primero y suplente el segundo, para el período constitucional 1990-1992.

Que, como consecuencia de la nulidad incoada, se ordene la cancelación de las respectivas credenciales y se comunique la determinación a las autoridades correspondientes.

2o. En relación con los hechos, expresa la actora que los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, el 24 de febrero de 1990 y ante el señor Registrador Municipal del Estado Civil de Florencia, fueron inscritos como candidatos al Concejo de esa ciudad, principal el primero y suplente el segundo, quinto renglón de la lista por el Partido Liberal Colombiano encabezada por la doctora Herminia Calderón Horta, período constitucional 1990-1992, para las elecciones del 11 de marzo de 1990.

Que, en esos comicios, los prenombrados señores salieron elegidos concejales, como en efecto se los declaró por la respectiva Comisión Escrutadora Municipal, mediante acto de fecha 15 de marzo de 1990.

Que los señores Orozco Gómez y Cuéllar López estaban legalmente inhabilitados para inscribir sus candidaturas y ser elegidos concejales municipales, en la época en que lo fueron, puesto que dentro de los seis meses anteriores se desempeñaban como empleados oficiales, ejerciendo funciones propias de la docencia en la ciudad capital del Departamento del Caquetá.

3o. Que, con los hechos relacionados, se transgredió normatividad de orden superior: el artículo 1° de la Ley 45 de 4 de octubre de 1989; el Decreto 2277 de 1979, Estatuto Docente; los artículos 62 y 65 de la Constitución Política, "...y demás disposiciones de ley".

4o. Refiriéndose al concepto de la pretensa violación, la demandante se limita a observar que, con la referida elección de los prementados educadores, se infringió el artículo 1° de la Ley 45 de 1989, "... con la cual se interpreta con

anterioridad el artículo 45 de la Ley 11 de enero 16 de 1986 (sic)...", queriendo decir, obviamente, "Por la cual se interpreta con autoridad el artículo 54 de la Ley 11 de enero 16 de 1986", norma aquella que prescribe:

> "Artículo 1°. No podrán ser elegidos Concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la misma fecha de elección hayan sido empleados oficiales.
>
> "Parágrafo. Para efectos de esta prohibición, los Senadores, Representantes, Diputados y Concejales no son empleados oficiales".

Que, conforme a ese mandato legal, único que sustenta la actora y de manera muy general, los señores Orozco Gómez y Cuéllar López, para el día 11 de marzo de 1990, fecha de los comicios en que fueron elegidos concejales de Florencia, estaban inhabilitados para serlo, por cuanto dentro de los seis meses anteriores se desempeñaban como docentes al servicio de la educación en el Departamento del Caquetá, posiciones que, sin duda, tienen el carácter de empleos oficiales, consideración que emerge tan diáfana "...que no necesita más aclaraciones".

5o. Para la demestración de los hechos descritos obran en el expediente, oportuna y legalmente aportados, los siguientes elementos de prueba:

a) Copia del formulario E-28 hoja 4, declaratoria de elección de concejales de Florencia para el período 1990-1992, suscrito a 15 de marzo de 1990 por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de esa ciudad. Figuran en ese documento los nombres de Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, como concejales electos, principal y suplente, respectivamente. (fls. 10 y 17).

b) Copia debidamente autenticada del formulario E-12, fechado a 24 de febrero de 1990, correspondiente al acta de inscripción de candidatos para Concejo Municipal de Florencia, principales y suplentes, período 1990-1992, lista del Partido Liberal Colombiano encabezada por Herminia Calderón Horta, en la que figuran en el quinto renglón, principal y suplente, respectivamente, los prenombrados señores Orozco Gómez y Cuéllar López (fls. 8 y 9).

c) Papeleta o voto completo, sin nota de confrontación, para Senado, Cámara y Asamblea por la Circunscripción Electoral del Caquetá y Amazonas, y Alcaldía y Concejo Municipal de Florencia, elecciones del 11 de marzo de 1990, Movimiento Político Caquetá Grande-Partido Liberal Colombiano, figurando en el quinto renglón de la última corporación citada los demandados señores Orozco Gómez y Cuéllar López, principal y suplente, respectivamente (fl. 11).

d) Constancia emanada de la Registraduría Especial del Estado Civil de Florencia, de fecha 23 de marzo de 1990, de la que aparece que ese Despacho expidió credenciales como concejales de esa ciudad, principal y suplente, en ese orden, a los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, período 1990-1992 (fl. 7).

e) Oficio Ak-30 datado en Florencia a 27 de marzo de 1990, por medio del cual la señora Jefe de la Oficina de Archivo y Kárdex de la Secretaría de Educación del Departamento del Caquetá, informa que, "...el docente Alonso Orozco Gómez, labora como Seccional del Colegio General Santander, jornada nocturna, y por Decreto número 0173 del 4 de agosto de 1989, fue comisionado para la Secretaría de Educación como integrante del Equipo Técnico de la Oficina del Plan de Alfabetización y Promoción de Centros de Adultos del Nivel Básico en la Unidad de Educación de Adultos". Se adjunta el citado Decreto en fotocopia simple (fls. 4 y 6).

f) Oficio 048 calendado en Florencia a 27 de marzo de 1990, mediante el cual el señor Rector del Instituto Técnico Industrial de esa ciudad, informa que, "... el señor Gilberto Cuéllar se desempeña en este establecimiento como docente, nombrado por el Ministerio de Educación Nacional, a partir del 23 de enero de 1989" (fl. 5).

g) Oficio 0033354 fechado en Florencia a 12 de junio de 1990, por medio del cual la señora Delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el Fondo Educativo Regional del Caquetá, informa: "1o. El docente Alonso Orozco Gómez está inscrito en el Escalafón Nacional Docente en el grado once (11). 2o. Gilberto Cuéllar López figura inscrito en el Escalafón Nacional Docente en el grado siete (7) desde 1988. En la actualidad este docente no labora con el Fondo Educativo Regional del Caquetá" (fl. 39).

h) Oficio AK-078 calendado en Florencia a 13 de junio de 1990, por medio del cual la señora Jefe de la Oficina de Archivo, Kárdex y Sistemas de la Secretaría de Educación Departamental del Caquetá, remite la documentación que reposa en las hojas de vida de los docentes Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, con las siguientes novedades: Alonso Orozco Gómez "Actualmente labora en el Colegio General Santander jornada nocturna de Florencia, en comisión en la Secretaria de Educación como integrante del Equipo Técnico de la Oficina del Plan de Alfabetización y Promoción de Centros de Adultos del Nivel Básico en la Unidad de Educación de Adultos, según Decreto No. 0173 del 4 de agosto de 1989"; y Gilberto Cuéllar López "Renunció según Decreto No. 0017 del 30 de enero de 1989, a partir del 23 de enero de 1990, laboraba en la Concentración San Antonio de Getuchá del Distrito de Milán, en comisión en la Secretaría de Educación como Coordinador del Servicio Social del Estudiantado en la Unidad de Adultos" (fls. 40 a 114).

6o. La demanda de la referencia fue presentada ante la Secretaria del H. Tribunal Administrativo del Caquetá el 30 de marzo de 1990; por auto de 20 de abril del mismo año se concedió término de cinco días para su corrección; y, por auto de 15 de mayo del año en cita, finalmente se la admitió, ordenando se notificara esa decisión por edicto, personalmente al señor representante del Ministerio Público, y la posterior fijación del negocio en lista por el término de ley.

II. *Contestación de la demanda*

Por conducto de apoderado, los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma por estimar que los docentes que prestan sus servicios en entidades oficiales de régimen especial, vinculados a la administración pública por las normas del Decreto 2277 de 1979, constitutivo del denominado Estatuto Docente, de suerte y manera que no pueden ser considerados empleados oficiales según la clasificación genérica consagrada en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, comprensiva de los empleados de la rama ejecutiva del poder público, verdaderos destinatarios de normas como la del artículo 1° de la Ley 45 de 1989, que prohibe a los empleados oficiales ser elegidos concejales, lo que significa que el docente tiene libertad de ejercer a plenitud sus derechos políticos, entre ellos elegir y ser elegido para corporaciones públicas, con la sola limitante contemplada en el artículo 46 del aludido Decreto 2277, que prevé como causal de mala conducta la utilización de la cátedra para hacer proselitismo político.

Además, que la docencia es actividad compatible y complementaria con el ejercicio de la función de concejal, ya que ambas tienen un contenido social semejante y en su proyección tienden, con mecanismos y métodos similares, a la realización de los fines del Estado.

Tampoco se puede olvidar, argumenta, que en la legislación colombiana no existe norma expresa alguna que de manera inequívoca consagre que la calidad de docente es causal generante de inhabilidad para acceder por elección popular a una corporación pública como los Concejos Municipales, entidades más de carácter administrativo que político. Que las causales de inhabilidad e incompatibilidad, siendo de interpretación restringida, deben estar expresamente contempladas y definidas por la ley.

En consecuencia, y en oposición a los pedimentos de la demanda, con esos fundamentos se proponen las excepciones que el representante judicial de los contestantes denomina "de falta de causa en las peticiones invocadas"; "de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones"; "de inepta demanda por falta de requisitos formales", y "de caducidad".

III. *La sentencia de primer grado*

Resolvió el *a-quo* declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada; decretar la nulidad del acto administrativo de fecha 15 de marzo de 1990, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de Florencia, en cuanto declaró elegidos como concejales de esa capital, para el período 1990-1992, a los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, principal y suplente, respectivamente; ordenar la cancelación de las credenciales que los acreditan como tales, y comunicar la decisión a las autoridades respectivas, acogiéndo así las súplicas de la demanda.

Para lo primero, consideró que son varios los factores de conexidad que hacen viable la acumulación de pretensiones en el presente proceso: el objeto o finalidad de la acción, que no es otro que la nulidad del acto declaratorio de la elección como concejales de los educadores Orozco Gómez y Cuéllar López, acto ese común para ambos; la causa o fundamento de la acción, que es la inhabilidad legal que cobija a los aludidos empleados oficiales para ser elegidos concejales; y las pruebas, comunes en lo que tiene que ver con el acto demandado y la realización de las circunstancias fácticas previstas por la norma que se cita como violada, por lo que no puede prosperar la excepción de fondo por indebida acumulación de pretensiones que se plantea.

Que lo propio puede afirmarse en relación con la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, dado que cualquier irregularidad que por indebida notificación del auto admisorio de la demanda pudo presentarse, fue subsanada con la posterior intervención procesal de quien la invoca extemporáneamente.

En lo que atañe a la excepción de caducidad, dice que no está llamada a prosperar cuando se demostró en autos que la actora presentó la demanda y el libelo de corrección de la misma; dentro de precisa oportunidad legal.

Y en cuanto al fondo del asunto objeto de debate, encontró probada a satisfacción la causal de transgresión de la norma legal aducida en la demanda, esto es, la inhabilidad que como empleados oficiales en su carácter de docentes cobijaba a los señores Alonso Orozco y Gilberto Cuéllar dentro de los seis meses anteriores a la fecha de su elección como concejales municipales de Florencia, conforme a la previsión del artículo 1° de la Ley 45 de 1989, que interpreta el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, a su vez reproducido por el artículo 33 del Decreto 1333 del mismo año, máxime que no obra en el expediente renuncia expresa y aceptada de sus empleos oficiales, presentada con antelación al 11 de marzo de 1990, fecha de la elección en cuestión.

IV. ***El recurso de apelación***

Contra la sentencia de 22 de octubre de 1990, del H. Tribunal Administrativo del Caquetá, el señor apoderado de los demandados interpuso en tiempo recurso de apelación, en procura de su revocatoria y para que, en su lugar, sean denegadas las peticiones de la demanda.

En el escrito sustentatorio, el recurrente ataca la sentencia por incoherente y confusa en sus motivaciones, porque, a su juicio, no se acertó al declarar no probadas las excepciones propuestas; al desestimar otras con fundamentos erróneos e imprecisos, haciendo gala de ninguna técnica en la redacción del fallo, y omitiéndo pronunciamiento respecto de otras excepciones planteadas.

En alusión al fondo del asunto, expresa el recurrente que el Tribunal no escrutó cuáles son las facultades de que gozan los docentes colombianos a la luz

del Decreto 2277 de 1979 y cual es su verdadero *status* legal frente a las normas que consagran las inhabilidades para acceder a las corporaciones de elección popular.

El memorialista trae a colación, una vez más, el criterio expuesto a través de la actuación procesal, en cuanto que los maestros tienen en el Estatuto Docente un régimen legal especial, distinto al de los demás empleados oficiales, que les permite ejercer a plenitud sus derechos políticos, como el de elegir y ser elegidos, régimen de aplicación preferencial conforme a los lineamientos del artículo 1° de la Ley 153 de 1887.

Y para terminar, reitera petición elevada y resuelta con antelación, de nulidad de lo actuado por falta de notificación personal del auto admisorio de la demanda, la que se ordenó por edicto en contraposición al debido proceso. Se apoya, al efecto, en criterio expuesto por la Corporación en auto de 18 de octubre de 1986, expedientes E-009 y E-014.

V. ***El concepto fiscal***

La señora Fiscal Séptima colaboradora solicita se confirme el fallo apelado, por cuanto la probanza allegada al expediente conduce a establecer claramente que los dos ciudadanos elegidos como concejales, principal y suplente, respectivamente, para la época en que ello ocurrió estaban indefectiblemente inhabilitados para serlo dado su carácter de empleados oficiales, que es el status del docente oficial en ejercicio, no siendo de recibo, tampoco, las excepciones propuestas por el apoderado de los mismos, por no estar demostradas.

CONSIDERACIONES

Previo al examen de fondo de la cuestión *sub-lite*, se impone el de otros aspectos propuestos por el señor apoderado de la parte demandada a manera de motivo nulitante de la actuación, uno, y como excepciones, otros, alegados todos en el decurso del proceso y de los que se hace reiteración con ocasión del recurso interpuesto contra el fallo de primer grado.

Por la incidencia que el fenóneno tendría en la decisión a tomar, de resultar conforme a derecho el criterio de quien lo aduce, es menester estudiar en primer lugar lo atañedero a la pretendida nulidad de lo actuado por falta de notificación personal del auto admisorio de la demanda a los demandados determinados, respecto de quienes tampoco se ordenó el traslado de la misma con sus anexos, como se advierte en los memoriales sustentatorios de la apelación.

Ello fue materia de incidente que propuso el apoderado de la parte demandada, mediante escrito presentado después de vencido el término para alegar de conclusión y antes que se dictara sentencia de primer grado, con fundamento en el ordinal 8° del artículo 140 del C.de P. Civil, modificado por el ordinal 80 del

artículo 1° del Decreto 2282 de 1989, en armonía con el artículo 314 del C. de P. Civil y el artículo 26 de la Carta Política.

El Tribunal de instancia, con arraigo en los artículos 140, 143, 144 y 330 del ordenamiento adjetivo en cita, resolvió el incidente rechazando de plano la nulidad impetrada, considerando al efecto que fue propuesta después de haber sido saneada por la reiterada y convalidante intervención procesal de la parte llamada a alegarla, surtiéndose entonces, legalmente, por conducta concluyente, como se acredita en autos, la notificación que extemporáneamente se extraña, sin que de manera alguna se hayan vulnerado principios superiores como el del debido proceso, el de la igualdad de las partes y el derecho de defensa.

Respecto de la situación propuesta como causal de nulidad procesal, es de agregar que en el proceso electoral no es dable aplicar la norma del artículo 314 del C. de P. Civil, traída a colación por el representante judicial de los demandados, en relación con la obligatoriedad de la notificación personal al demandado o a su representante o apoderado, del auto que confiere traslado de la demanda, y en general de la primera providencia que se dicte en el proceso, por cuanto ese trámite se encuentra especialmente regulado en las normas que determinan su propio procedimiento.

En efecto, el artículo 233 del C.C.A., puesto en vigencia por el Decreto 01 de 1984, expresaba lo que en materia de notificaciones debía disponer el auto admisorio de la demanda en proceso con acción de nulidad electoral.

Sobre ese particular la Sala, con ponencia del mismo Consejero que dirige esta segunda instancia, hizo las siguientes precisiones:

"Ciertamente, el artículo 233 del C.C.A. contempla tres situaciones diferentes respecto del auto admisorio de la demanda, a saber:

"a)Demanda contra actos de nombramiento. El auto admisorio debe notificarse personalmente al nombrado, como demandado; "...por edicto que durará fijado cinco (5) días y al agente del Ministerio Público...".

"b)Demanda contra actos de elección, cuya nulidad no dé lugar a nuevo escrutinio sino a otra elección, como ocurre con la de Alcalde cuando la falta absoluta se produce antes de transcurrido un año del período (artículo 20 de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 8° de la Ley 49 de 1987). En esos eventos el auto se notifica "...por edicto que dura fijado cinco (5) días y al agente del Ministerio Público...".

"c)Demanda contra actos de elección cuya declaración de nulidad diere lugar a la práctica de nuevo escrutinio. En esos casos la notificación del proveído se hará "...mediante edicto que durará fijado diez (10) días en la secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral. Esa publicación de-

berá comprobarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al Ministerio Público, so pena de terminación del proceso por abandono...".

Y, a manera de criterio de aplicación de la norma, se añadía:

"Esos son los actos procesales mediante los cuales se surte la notificación del auto admisorio de la demanda electoral, no siendo admisible que so pena de garantizar el derecho de defensa, el juzgador establezca provisiones distintas, como que ello equivaldría a invadir el campo de acción del legislador. De allí que la Sección haya reiterado, con salvedad atinente a la notificación personal que debe hacerse al nombrado cuando se demanda la nulidad de su nombramiento, los criterios acogidos, a manera de ratificación jurisprudencial, en la tantas veces aludida providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fechada a 26 de octubre de 1977, de la que fue ponente el H. Consejero Bernardo Ortiz Amaya..." (Exp. N° E-0227, auto de noviembre 25 de 1988).

Esta reflexión es enteramente válida para el caso de autos, habida cuenta que las modificaciones introducidas al artículo 233 por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, se limitan a disponer la notificación personal del auto admisorio de la demanda no solo para el nombrado sino también para el "...elegido por junta, consejo o entidad colegiada", consagrando un procedimiento expedito para cuando no sea posible efectuar esa notificación personal "...dentro de los dos días siguientes a la expedición del auto...".- Y respecto de la notificación por edicto del auto admisorio de la demanda cuando la declaración de nulidad determine la práctica de nuevo escrutinio, la norma subrogante del artículo 233 redujo de 10 a 5 días el término de fijación del edicto en la secretaría y de 30 a 20 días el del accionante para comprobar la publicación de aquel en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, para que no se declare terminado el proceso por abandono.- Dejó, en cambio, como forma genérica de notificación del aludido auto, para cuando no se trate de demanda de nulidad del acto declaratorio de nombramiento o elección por junta, consejo o entidad colegiada, pero tampoco de aquella cuya nulidad dé lugar a la práctica de nuevo escrutinio, la estatuida en los numerales 1° y 2° del inciso primero del precitado artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, o sea, que el auto admisorio de la demanda "...se notifique por edicto que se fijará durante cinco (5) días" y "Que se notifique personalmente al Ministerio Público...".

A) Tal fue, precisamente, el procedimiento de notificación ordenado al admitir la demanda contra la elección de los docentes Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López como concejales, principal y suplente, respectivamente, de Florencia, Caquetá, para el período 1990-1992, como puede verse en autos, por lo que, en consecuencia, no cabe afirmar la indebida notificación de ese proveído como causal de invalidez de lo actuado, y menos alegar vulneración del artículo 26 de la Carta Política en cuanto consagra el derecho de defensa, porque

el legislador dispuso el procedimiento de notificación general de la norma comentada como bastante a satisfacer el requisito constitucional en mención.

B) Ahora bien: en lo que tiene que ver con la excepción de "falta de causa en las peticiones invocadas", de verdad el *a-quo* omitió pronunciamiento expreso sobre la misma en la parte resolutiva del fallo impugnado, justificándose entonces, desde ese solo punto de vista, la inconformidad que al respecto manifiesta el recurrente.

Y se dice que desde ese solo punto de vista, porque en lo sustancial sus alegaciones sobre ese aspecto no se ajustan a la realidad procesal. En efecto, si como lo enseña el procesalista Hernando Devis Echandía, la razón de las pretensiones o causa petendi es el fundamento esgrimido por el demandante para obtener el objeto de lo pedido en la demanda o, en otras palabras, como lo enuncia el tratadista Chiovenda y lo admite la jurisprudencia nacional, la causa petendi es la razón de hecho que se indica en la demanda como fundamento de las peticiones, esa exigencia está ampliamente satisfecha en autos con la clara y precisa relación histórica de las circunstancias constitutivas, modificativas e inpeditivas, de las que la actora cree deducir la declaratoria de nulidad que persigue, y con la afirmación de conformidad de esos hechos con el derecho invocado en el libelo demandatorio.

Es que la *causa petendi* debe ser buscada exclusivamente dentro del marco de la demanda, con un criterio formal amplio que conduzca a su interpretación lógica y no a su simple tenor literal, teniendo cuidado de no confundírsela con el derecho aducido como violado y mucho menos con las pruebas tendientes a la demostración de los hechos que la constituyen.- Tampoco cabe buscarla en consideraciones abstractas de orden filosófico, sociológico o político por fuera del ámbito mismo de la demanda.

Esa la explicación del requerimiento jurídico-procesal de que en la demanda se indique por el accionante lo que se pide, esto es, el objeto de la pretensión, y que se haga detallada relación de los fundamentos de hecho de esa petición, es decir, de la causa de la pretensión, como en el caso de autos bien lo hizo la actora en apartes especiales de la demanda y del libelo de corrección de la misma, con el lleno mínimo de las exigencias de un proceso que, como el de nulidad electoral, de acción popular, es ajeno a excesivos rigorismos técnicos.

Como el efecto jurídico perseguido con la demanda si tiene fundamento fáctico, es decir, causa, la excepción por ese aspecto propuesta por el señor apoderado de los demandados no prospera, como se expresará en la parte resolutiva de esta sentencia, remediando así la omisión en que incurrió el *a-quo*.

C)"Inepta demanda por indebida acumulación de pretensión" es otra de las irregularidades que el señor apoderado de los demandados propone a título de excepción, y cuyo tratamiento en la sentencia de primer grado es también motivo de inconformidad, pues, insiste, que ningún factor de conexidad existe para que

bajo una misma cuerda se hubiera tramitado y resuelto lo atinente a la nulidad de las elecciones como concejales de sus representados.

Al respecto es importante observar, sin necesidad de mayores consideraciones, que la procedencia o viabilidad de la acumulación de pretensiones generalmente depende de la voluntad del demandante, fijándose por la ley, como únicas limitantes a ese arbitrio, que el juez sea competente para conocer de todas, que a todas corresponda el mismo procedimiento y que no se excluyan entre si, esto es, que puedan coexistir, que se relacionen por alguno de sus elementos o que exista entre ellas cualquier factor de conexidad, como los sujetos, la causa o el objeto.

En el caso en examen, la causa de las pretensiones es la misma, como se dejó visto; estar incursos en la misma inhabilidad, como primer aspecto.- El segundo, que el objeto de las pretensiones es igualmente común, pues que versan sobre la nulidad del acto declaratorio de elección de dos concejales del municipio de Florencia, para el período 1990-1992.

Vale la pena anotar, que no tienen vigencia en este evento, como cree la agencia Fiscal, las normas de los artículos 237 a 239 del C.C.A. citadas en el concepto allegado, pues, es obvio que no se esta frente a un fenómeno de acumulación procesal, sino que se trata de un caso de acumulación de pretensiones, procedimentalmente válido a mérito de lo previsto en el artículo 82 del C. de P. Civil, aplicable por virtud de la remisión ordenada por el artículo 267 del C.C.A.

El prementado artículo 82 contempla cuatro clases de acumulación de pretensiones, a saber: a) Acumulación de pretensiones de un demandante contra un demandado; b) Acumulación de pretensiones de varios demandantes contra un demandado; c) Acumalación de pretensiones de un demandante contra varios demandados; y d) Acumulación de pretensiones de varios demandantes contra varios demandados, denominándose la primera clase bilateral u objetiva y las restantes plurilaterales o subjetivas, debiendo cumplir todas con las mismas exigencias de conexidad a que alude la norma en cita, constituyéndo esta figura una excepción al principio de Derecho Procesal que enseña y quiere que al ejercicio de cada pretensión corresponde un proceso independiente, obedeciendo aquélla a razones de economía, celeridad e inmediación.

Pues bien: Siendo indudable que el caso presente no ha desconocido la preceptiva del artículo 82, pues se acomoda estrictamente a ella, ninguna razón jurídico-procesal asiste al recurrente en la objeción que por ese aspecto plantea al fallo objeto de la alzada.

D) Lo propio puede afirmarse respecto de la excepción de "inepta demanda por falta de requisitos formales", referida la misma a "...la omisión de la dirección de la oficina o habitación de los demandados...", siendo enteramente cierto, como bien lo advierte en su concepto la señora colaboradora Fiscal, que no en

las normas especiales sobre juicios electorales ni en las generales del proceso contencioso administrativo, se establece como requisito de la demanda el señalar la dirección laboral o domiciliaria del demandado.

E) Y en cuanto a la alegada caducidad de la acción, que de ser acogida habría llevado a fallo inhibitorio, fue desestimada por el *a-quo*, generando esa determinación otro de los tantos motivos de inconformidad manifestados por el apelante.- No obstante, en la acción de nulidad electoral la caducidad, presupuesto procesal de aquella, se produce en el término estatuído en el artículo 7° de la Ley 14 de 1988, subrogativo del artículo 28 de la Ley 78 de 1986, es decir, a los veinte días contados a partir del siguiente a aquél en el que se notifica legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata.

Por ello la acción de nulidad del acto de elección de los demandados como concejales de Florencia, efectuado el 15 de marzo de 1990 y del que da cuenta el acta suscrita por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de esa capital, había caducado el 20 de abril, dándose en autos una circunstancia que no es irrelevante en cuanto al aspecto examinado, cual fue la de que el 30 de marzo fue presentada la demanda, es decir, cuando apenas habían transcurrido diez días del término de caducidad.- El magistrado, a quien le correspondió en reparto, apenas el 20 de abril dictó el auto por el que otorgó a la parte actora el término de cinco días para corregir los defectos formales del libelo demandatorio, proveimiento notificado el día 24 siguiente, siendo a partir de su ejecutoria, esto es, desde el 30 de abril, cuando se empezó a contar el término en mención, que se extendió hasta el 7 de mayo de 1990, fecha de presentación de la demanda corregida.

Entonces, ciertamente hubo innecesaria demora en la decisión de inadmitir la demanda, como también fue desafortunado el procedimiento de esperar la ejecutoria del auto que otorgaba los cinco días para corrección de la misma, siendo que ese término debió correr a partir del día siguiente al de la notificación de ese proveído, retardo e irregularidad que en modo alguno son atribuibles al demandante que presentó su libelo cuando apenas habían transcurrido diez días del término de caducidad.

Por esas circunstancias y porque la parte demandante no tiene por qué asumir las consecuencias de la demora en decidir la inadmisión de la demanda, no es acertado el criterio del recurrente según el cual la caducidad ocurrió antes de la fecha en que se presentó el libelo corregido.- El término de caducidad solo es fatal e inexorable cuando no se ejercita en tiempo la acción; pero si se pone en movimiento la jurisdicción dentro de la oportunidad de ley, toda circunstancia que lo extienda o prorrogue, ajena a la voluntad del actor, no puede afectar su derecho de accionar.

II. Por último, iniciando el examen de fondo de la cuestión planteada es poco lo que cabe expresar respecto de los argumentos expuestos por el señor apoderado de la parte demandada, cuya declaratoria de elección invalidó el *a-quo*.

De modo uniforme y reiterado la Sala se ha pronunciado sobre la materia propuesta, sentando el criterio que los docentes del sector público son empleados oficiales, como lo reconoce el mismo estatuto que se aduce para alegar que los cobija un régimen especial.

En efecto, el Decreto 2277 de 1979, en su artículo 3°, reza:

"Educadores oficiales.- Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto...".

Ese régimen especial, como lo define el artículo 1° del citado estatuto, hace referencia a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se rige por otras normas, pero en modo alguno con la capacidad electoral pasiva o derecho de ser elegido, regulada por normas propias de esa materia.

Es el criterio sentado y sostenido por la Sala, como se vé de los apartes de los fallos que seguidamente se transcriben:

"...reiteradamente ha dicho esta Corporación, que todas las personas que prestan sus servicios al Estado Colombiano -Nación, entidades territoriales, entidades descentralizadas, Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, Contraloría, rama jurisdiccional y legislativa-, a cambio de una remuneración, son empleados oficiales -género- y que ellos, según se encuentren colocados en situación contractual laboral o en situación estatutaria o reglamentaria, son empleados públicos, trabajadores oficiales o funcionarios de la seguridad -especies del género-; que por utilizar la ley la expresión "empleados oficiales", comprende, para efectos de la inhabilidad consagrada en el artículo 83 del Decreto Ley 1333 de 1986, tanto a los trabajadores oficiales como a los funcionarios de la seguridad social y a los empleados públicos.

"Esto implica que los "docentes oficiales" son empleados oficiales en la especie de empleados públicos, así tengan -como muchos otros- un régimen especial o diferente al común u ordinario de los demás empleados o funcionarios oficiales; y que, finalmente, el "derecho" a no ser discriminados en razón de sus "creencias políticas" y la prohibición de utilizar la cátedra "para hacer proselitismo político", alegados en este proceso, como lo han sido en otros similares-, no tienen relación alguna con la inhabilidad legal

para poder ser elegido concejal, consistente ella en el hecho de haber ejercido, dentro de los seis meses anteriores a la elección, un empleo o cargo en el sector público, ya que una cosa es que un empleado público, cualquiera que sea, no pueda ser discriminado por razón de sus creencias políticas, salvo el caso de las personas llamadas a integrar el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia que deben pertenecer a los dos llamados partidos tradicionales, y otra es la inhabilidad para ser elegido a una corporación pública o para alcalde municipal, en razón de haber sido empleado oficial durante cierto lapso anterior a su elección; e, igualmente, una cosa es que un docente no pueda utilizar la cátedra para hacer proselitismo político, hecho que puede llegar a constituir falta disciplinaria sancionable en los términos de ley, y otra, muy diferente, la indicada inhabilidad (Exp. 0427, actor: Arismendi Mora Perdomo, agosto 24 de 1990, ponencia de quien elaboró la presente)".- (Exp. 0444, Consejero ponente: Doctor Miguel González Rodríguez. Octubre 24 de 1990).

"...la preceptiva sobre la que fundamentó el *a-quo* la medida precautoria recurrida, el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, no establece por el aspecto teniendo en cuenta distinción en cuanto al ámbito del ejercicio del empleo oficial, ni tampoco a la naturaleza del vínculo laboral con la administración, por lo que debe entenderse suficiente, para que emerja la causal de inhabilidad, el desempeño de empleo oficial dentro de los límites temporales que la norma estipula.

"Además, el régimen especial consagrado para los docentes por el Decreto 2277 de 1979, con exclusión de los de nivel superior, establece una normatividad particular para aquéllos en orden a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro del servicio en sus distintos niveles y modalidades, pero en modo alguno excepciones a las previsiones del régimen político municipal ni al de inhabilidades e incompatibilidades electorales, materias enteramente diferentes y ajenas a las que regulan el magisterio oficial.

"Por ello resulta inadmisible, mientras el legislador no disponga lo contrario, que las inhabilidades para ser elegido concejal no afectan a los docentes del sector público, pese al carácter general de la norma aducida en apoyo de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

"Y como se observa la infracción manifiesta de esa disposición, pues los empleados oficiales demandados no podían ser elegidos concejales como en efecto lo fueron, la decisión del a-quo está ceñida a derecho, imponiéndose, en consecuencia, su confirmación (Exp. 0409 de 2 de agosto de 1990, actor: Manuel Antonio Castro Tovar, ponencia de quien conduce esta instancia)". (Exp. 0440 de 21 de noviembre de 1990, actor: Hernán Alonso Mazo Giraldo, ponencia de quien conduce la presente instancia).

De manera, entonces, acreditado como está en autos con los elementos de prueba cuya relación se hizo en esta providencia, que los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López estaban vinculados a planteles de educación oficial en el Departamento del Caquetá, en los seis meses anteriores a su elección como concejales municipales de Florencia para el período 1990-1992, y que aún lo están porque no obra en el expediente constancia de su renuncia a esos empleos, con acierto el *a-quo* declaró la nulidad del acto declarativo de su elección, pues, indefectiblemente, se encontraban inhabilitados para acceder a dicha corporación edilicia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, actual Código de Régimen Municipal, norma que concuerda, en cuanto a la determinación de la causal de inhabilidad, con el inciso primero del artículo 1° de la Ley 45 de 1989, disposición invocada por la parte actora como violada en el libelo demandatorio, además del Decreto 2277 de 1979, en cuyo artículo 3° se atribuye la calidad de empleados oficiales a los docentes qu prestan sus servicios en establecimientos educativos oficiales.

Se impone, pues, por todo lo anteriormente expuesto, confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia materia de alzada, con la adición advertida respecto del punto primero de la parte resolutiva del fallo en cuestión. También, lo concerniente a la aplicación de lo dispuesto en el Art. 226, incisos 2° y 3° del C.C.A., para llenar la vacante dejada por la invalidación del quinto renglón, principal y suplente, de la lista encabezada por la señora Herminia Calderón de Horta, del Partido Liberal Colombiano, debiéndose llamar para ello al suplente numérico que corresponda de la misma lista.

Sin otras consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 0uinta, acorde con el criterio de su colaboradora del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

C0NFIRMASE la sentencia de fecha 22 de octubre de 1990, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio de la cual se invalidó la elección como concejales de Florencia, para el período 1990-1992, de los señores Alonso Orozco Gómez y Gilberto Cuéllar López, principal el primero y suplente el segundo, y se dispuso la cancelación de sus credenciales como tales y comunicar lo pertinente a las autoridades respectivas.

ADICIONASE el punto primero de la parte resolutiva de la ameritada sentencia, en el sentido de declarar no probada la excepción de "falta de causa de las peticiones invocadas", propuesta por la parte demandada.

Para efecto de llenar la vacante dejada por la nulidad que de declara, dése cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 226, incisos 2° y 3° del C.C.A.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión verificada en la fecha.

Miguel González Rodríguez; Presidente de Sala, *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia/ **JURISDICCION ROGADA/ PRUEBAS/ INSCRIPCION DE CEDULAS**

Por cuanto, de un lado, el cargo tenía que fundarse en la causal 2° del artículo 17 de la Ley 62/88 y probarse con prueba pericial o informe técnico motivado, controvertido por las partes en el proceso, y no podía fundarse en la causal 4° *ibídem*, no entiende la Sala cómo pudo el Tribunal concluir que los votos y el acto acusado son nulos de acuerdo con el artículo 223 del C.C.A. -sin especificar la causal que se configuraba-, si se tiene en cuenta que ni se configuraba la causal 4° del artículo 223 del C.C.A. invocada, ni se podía tener en cuenta la no invocada (2°) por tratarse de una jurisdicción rogada: y, por cuanto de otro, el acto administrativo del Registrador Nacional del Estado Civil, no puede conducir a la demostración de la falsedad o apocrificidad de los elementos que sirvieron para la formación del registro electoral, en razón de que ni es posible anular un acto por supuesta o real contradición con otro de la misma naturaleza, ni la pericia o el informe técnico que hayan servido de fundamento a un acto administrativo para adoptar la decisión de invalidar unas inscripciones de cédulas aparece aportada al proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., febrero quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 502. Recurso de apelación contra la sentencia de octubre 26 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por la cual se declaró la nulidad del acto de elección de concejales del municipio de Cereté, para el período constitucional 1990-1992. Actor: José Miguel Assis Guerra.

Trino José Rodríguez Alean, concejal electo del municipio de Cereté, por conducto de su apoderado especial, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la referencia, en cuanto por ella se declaró la nulidad de la resolución 001 de marzo 19 del mismo año, expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, que declaró elegidos concejales del municipio indicado, para el período 1990-1992, ordenó la cancelación de las credenciales expedidas y la práctica de nuevos escrutinios, excluyendo los votos depositados en las mesas de votación Nos. 1, 2, 3, 5, 6 y 8 del corregimiento de Mateogómez, y la expedición de nuevas credenciales a los elegidos, si como consecuencia del escrutinio se modificaren los resultados de la elección para dicho concejo.

Persigue el recurrente, que como consecuencia de la prosperidad de la apelación, se denieguen las pretensiones de la parte demandante.

I. ***Fundamentos de la sentencia recurrida***

La sentencia apelada declara la nulidad de los votos emitidos en las mesas de votación precitadas, por cuanto encontró que, habiendo sufragado en ellas electores inscritos cuya inscripción había sido anulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante resolución 1012 de marzo 10 de 1990, se quebrantaron los artículos 9° de la Ley 6a. de 1990, 78 del Código Electoral y 1° del Decreto 51 de 1986, y si bien es cierto ella no puede originar nulidad, no lo es menos que se configura la causal consagrada en el numeral 2° del art. 17 de la Ley 62 de 1978 (sic), pues los elementes que sirvieron para la formación de los registros son apócrifos por figurar en él inscripciones que habían sido anuladas por carecer de formalidades legales.

El conocimiento tardío de la anulación de los registros por parte de la Registraduría, agrega el *a-quo,* no puede constituir suficiente justificación para aceptar la validez de los sufragios mencionados.

II. ***Fundamentos del recurso ejercitado***

Sostiene el apelante, en síntesis, que entre las causales de nulidad de las actas de escrutinio señaladas en el artículo 223 del C.C.A, no aparece ninguna dentro de la cual se puedan subsumir los hechos descritos (haberse ejercido el sufragio por personas a quienes se les anuló la inscripción en el registro correspondiente), y que, la segunda causal de dicha norma invocada en la demanda, no es la indicada para el caso, por cuanto los registros no sea falsos ni apócrifos.

El señor apoderado de la parte actora, dentro del término para alegar de conclusión en la segunda instancia, solicita la confirmación de la sentencia apelada por la parte demandada-opositora, coadyuvando los planteamientos hechos por el *a-quo*. Además, se refiere o otras mesas de votación de los corregimientos de Rabolargo y de Severa, y de la cabecera municipal, sobre las cuales el Tribunal negó las pretensiones respectivas de la demanda, decisión que no fuera apelada por su antecesor en el ejercicio del poder.

III. ***El concepto del señor agente del Ministerio Público***

La señora fiscal séptima de la Corporación solicita la revocación de la sentencia apelada, para que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, por estar de acuerdo con el demandado-apelante en que los hechos expuestos en el libelo de demanda no están contemplados por el art. 17 de la Ley 62 de 1988 como causales de nulidad de las actas de los jurados y de los registros electorales. Se pronuncia, igualmente, en relación con la causal sexta del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, anotando que no existe en el proceso prueba del parentesco entre el elegido Antonio Cuéter y uno de los jurados de la mesa de votación 27 de la cabecera de Cereté, razón por cual el cargo tampoco esta llamado a prosperar.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1o. La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación ejercitado, por cuanto está demostrado oportunamente el monto del presupuesto anual ordinario del municipio en donde se realizaron las elecciones demandadas, el cual es superior a $691.000.000, lo que hace que el juicio tenga las dos instancias.

2o. Como solamente apeló la sentencia la parte demandada opositora, en cuanto por ella se declararon nulos los votos emitidos en las mesas 1, 2, 3, 5, 6 y 8 del corregimiento de Mateogómez y se ordenó un nuevo escrutinio con exclusión de dicha votación, la Sala limitará su análisis a ese aspecto o tema, y se abstendrá de hacerlo en cuanto hace relación a otras mesas de votación de los corregimientos de Rabolargo y de Severa, y de la cabecera municipal, a las cuales se refiere tanto la agencia del ministerio público, como el señor apoderado de la parte actora, por carecer de competencia para ello, en cuanto a estas pretensiones que quedaron definitivamente falladas y no ser, por lo tanto, viable la tesis de la Sala sobre la inaplicabilidad del principio de la *reformatio in pejus* en el juicio electoral. En efecto, siendo varios las pretenciones -y no una sola como sí lo era en el proceso No.464-y habiéndose apelado sólo la decisión respecto de una de ellas y no toda la decisión en su conjunto, es claro que la Sala tiene la competencia total para decidir, sin sujeción al principio de la reformatio in peyus, en relación con la pretensión decidida y no ejecutoriada, pero no la tiene para entrar a considerar sobre la decisión de la pretensión ejecutoriada por no haber sido recurrida por ninguna de las partes.

3o. La causal de nulidad invocada por el actor: la cuarta del artículo 223 del C.C.A. (art. 17 de la Ley 62 de 1988).

En cuanto hace relación a las mesas demandadas y anuladas en la sentencia del *a-quo* (1, 2, 3, 5 , 6 y 8 del corregimiento de Mategómez, municipio de

Cereté), el actor expresa que, por violación de los artículos 9° de la Ley 6° de 1990, 78 del Código Electoral y 1° del Decreto 51 de 1986, se desconoció el sistema del cuociente lectoral adoptado en el art. 172 de la Constitución, razón por lo cual se configura la causal cuarta de nulidad del art. 223 del C.C.A. La violación se dio en razón de que ejercieron el sufragio, en ellas, personas a quienes la propia Registraduría Nacional les había anulado su inscripción en los registros correspondientes, mediante acto administrativo expedido el día anterior a las elecciones.

El *a-quo*, como se ha visto, aceptó ese planteamiento, con salvamento de voto de uno de los magistrados, y declaró la nulidad de los votos depositados en esas mesas.

Sobre ese particular, es decir, el haber sufragado ciudadanos que habían sido excluidos del registro electoral correspondiente por la Registraduría, en razón de tratarse de inscripciones irregulares, o sea, generalmente inscripciones realizadas por quienes resultan no ser los reales titulares de los documentos de identificación, la Sala se permite observar le siguiente:

a) La presunción de legalidad del acto administrativo no puede servir para desconocer la que ampara otro acto administrativo, vale decir, la presunción de legalidad de la resolución expedida por la Registraduría Nacional, no puede servir para desconocer la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo por medio de cual se hace una declaratoria de elección.

b) Tampoco se puede anular un acto administrativo por esta jurisdicción por supuesta o real violación de otro acto administrativo; se necesita que la contradicción se presente entre el acto administrativo y una norma de derecho colocada en una escala superior dentro de lo que se conoce como la pirámide Kelseniana.

c) El fundamento del acto administrativo, cuando es un dictamen o informe técnico de una entidad oficial, por no cumplir con los requisitos de publicidad y contradicción, respecto de las personas contra las cuales se va a hacer valer -los elegidos popularmente-, no es medio probatorio aportado de manera regular al proceso, que pueda ser tenido como tal y considerado por el juez en el momento de dictar la sentencia. Especialmente, cuando no es posible determinar si es un dictamen o informe técnico debidamente motivado, y claro, preciso y detallado, que racionalmente llevará a la autoridad administrativa, en este caso la electoral, a adoptar su decisión, o cuando aparece ese dictamen o informe pero no cumple esas exigencias.

d) Según lo dispuesto en el art. 9° de la Ley 6a. de 1990, subrogatorio del artículo 85 del Decreto 2241 de 1996 (C. E.), la Registraduría Nacional, previo concepto favorable del Consejo Nacional Electoral, fijará el número de ciudadanos que podrán sufragar en las distintas mesas de votación, y elaborará, para cada mesa, las listas de cédulas aptas para votar en las cabeceras municipales, corregimientos e inspecciones de policía donde funcionen mesas de votación.

Si después de elaboradas las listas se cancelaren o excluyeren una o más cédulas, el correspondiente Registrador del Estado Civil o su Delegado enviarán a las respectivas mesas de votación la lista de cédulas con las que no se puede sufragar.

De acuerdo con esa disposición, se tiene que: 1o. el Registrador del Estado Civil puede por medio de resolución o acto administrativo, ordenar la cancelación o exclusión de una o más cédulas inicialmente autorizadas para con ellas sufragar en determinada mesa o mesas de votación, en razón de irregularidades que se encuentren en la diligencia de inscripción; 2o. ese acto o resolución tiene que expedirse y comunicarse, como es apenas lógico, antes del día en que deban efectuarse las elecciones y, en manera alguna, según el sentir de la Sala, se puede proferir después de realizadas las elecciones, por cuanto, de un lado carecería de objeto práctico en cuanto hace a esas elecciones, aun cuando podría tenerlo para elecciones futuras, y, por cuanto de otro, daría lugar a suspicacias por parte de las personas interesadas en la elección ya realizada; en otras palabras, debe quedar claro que el acto administrativo expedido por el señor Regitrador del Estado Civil, con fecha posterior a la de una elección, sólo tendrá efectos jurídicos para el futuro, es decir, para las subsiguientes elecciones; si así no se expresa, se debe dar aplicación al principio general de derecho, según el cual la ley y el acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales no tiene efectos retroactivos, sino para el futuro, lo cual no quiere decir que los votos emitidos en una mesa, previa inscripción irregular de ellos, no tenga unas concuencias jurídicas; en otras palabras, que el hecho no se pueda invocar para impugnar jurisdiccionalmente los escrutinios y declaratoria de elección realizada antes de la expedición del acto administrativo de cancelación o exclusión de esas cédulas, o después de su expedición, pero sin que se le diera cumplimiento por la respectiva autoridad de la Registraduría, como en el caso en estudio.

Ahora bien; volviendo al caso *sub-lite*, encontramos que realmente mediante resolución 1012 de marzo 10 de 1990, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 12 y 13 del exp.), se invalidó la inscripción de una serie de cédulas que se habían inscrito para votar con ellas en el corregimiento Mateogómez del municipio de Cereté, con las cuales, al parecer, se ejerció el derecho al sufragio en las mesas anuladas por el *a-quo*. La resolución no tuvo cumplimiento por consideraciones diferentes (fue expedida un día antes de las elecciones y probablemente no había ya tiempo para realizar el registro de sufragantes, formulario E-14, nuevamente, excluyendo las cédulas mal inscritas). Se realizó, entonces, el certamen electoral el día 11 de marzo de 1990 con base en el formulario E-14 que no se rehizo.

Lo indicado, para la Sala, era formular la acción electoral con invocación de la causal 2a. del artículo 17 de la Ley 62 de 1988 (falsedad en los elementos que sirvieron para la formación del registro electoral) y probarla con dictamen pericial o informe técnico de oficina pública, demostrando la inscripción o ins-

cripciones irregulares o fraudulentas y el ejercicio del sufragio por quienes se inscribieren irregular e dolosamente.

No podía, como se hizo en este proceso, formularse el cargo con fundamento en la causal 4a. del art. 17 de la Ley 62 de 1988 (haberse computado los votos válidos con desconocimiento o violación del sistema del cuociente electoral adoptado por la Constitución y la ley), por cuanto como se ha dicho por la Sala en otras ocasiones y se reitera en sentencia de esta misma fecha, ponencia del consejero que redacta la presente, cualquier vicio o irregularidad que se presente en el proceso electoral, no configura la causal de nulidad precitada; para que ello suceda, es indispensable que se hayan computado los votos emitidos en una elección, en donde se trate de elegir dos o más personas, por un procedimiento diferente al determinado en el art. 172 de la Constitución Política y en la ley que lo desarrolla, es decir, al del mecanismo previsto para garantizar la representación proporcional de los partidos, independientemente de si los votos que se tengan en cuenta para declarar el resultado, son válidos o no. Si no lo son, otra u otras serán la causal o causales de nulidad que se deben invocar, pues de lo contrario, sobrarían las normas que consagran esos hechos como causal de nulidad. El fin de la normatividad contenida el art. 172 de la Carta, se dijo allí, no es establecer qué debe entenderse por votos válidos y cuáles no lo son, sino consagrar el sistema que se debe utilizar en Colombia para garantizar la representación proporcional de los partidos en las Corporaciones públicas y en otras dependencias.

Por ello, es decir, por cuanto , de un lado, el cargo tenía que fundarse en la causal 2a. y probarse, y no con la copia autenticada de la resolución de invalidación de las inscripciones por la Registraduría, sino con prueba pericial o informe técnico preciso, claro, motivado o fundamentado, plenamente controvertido por las partes en el proceso, y no podía fundarse, como ya se dijo, en la causal 4a., como se hizo, no entiende la Sala cómo pudo el Tribunal, integrado con dos conjueces y uno de sus magistrados, llegar a la conclusión mayoritaria de que los votos y el acto administrativo acusado son nulos, de acuerdo con el art. 223 del C.C.A. -sin especificar la causal que se configuraba-, si se tiene en cuenta que ni se configuraba la causal 4a. del art. 223 del C.C.A. invocada, ni se podía tener en cuenta la no invocada, o sea, la segunda del mismo artículo, por tratarse de una jurisdicción rogada; y, por cuanto de otro, el acto administrativo del Registrador Nacional del Estado Civil, como se ha dicho, no puede conducir ineluctablemente a demostración de los hechos invocados -falsedad o apocrificidad de los elementos que sirvieron para la formación del registro electoral-, en razón de que ni es posible anular un acto administrativo por supuesta o real contradicción con otro de la misma naturaleza, ni la pericia o el informe técnico que hayan servido de fundamento a un acto administrativo para adoptar la decisión de invalidar unas inscripciones de cédulas aparece aportada al proceso, y de haberse realizado ello se trataría de una prueba no controvertida por las partes y, en especial, por aquella contra la cual se pretende hacer valer.

En consecuencia, el recurso de apelación está llamado a prospererar y, como consecuencia de ello, deberán revocarse los numerales 1o. a 6o. de la sentencia recurrida. El numeral séptimo se mantiene por cuanto no fue apelado por ninguna de las partes, lo que conduce a que no pueda hacerse pronunciamiento alguno sobre los casos de los Corregimientos de Rabolargo y Severa, y los de la cabecera municipal donde se alegó que se configuró la causal sexta relativa al parentesco entre jurados de las mesas de votación y candidatos elegidos, conforme a lo dicho anteriormente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

REVOCASE los numerales 1o. a 6o. de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, con fecha octubre 26 de 1990, dentro del proceso promovido por el ciudadano José Miguel Assis Guerra, y, como consecuencia, NIEGANSE las pretensiones de la demanda relativas a las mesas 1, 2, 3, 5, 6 y 8 del corregimiento de Mateogómez, municipio de Cereté, votación para concejales para el periodo 1990-1992.

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Miguel González Rodríguez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ NULIDAD PROCESAL - Improcedencia

A la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no le era posible atender adecuada y oportunamente el trámite de los asuntos de su competencia, porque los nuevos magistrados no pudieron posesionarse todos al mismo tiempo y porque una vez posesionados carecían de oficinas para despachar, las cuales fueron entregadas al comenzar el año judicial de 1991. Fue apenas natural que el Tribunal decidiera los asuntos electorales en Sala Plena y evitar con esa actitud se produjera un vacío institucional que trajera como consecuencia un estado permanente de denegación de justicia.

ALCALDE - Calidades/ **VECINDAD** - Prueba

Las versiones de los declarantes, tendientes a desvirtuar la vecindad del alcalde elegido en el municipio de Nariño, no demuestran la falta de este requisito y, en cambio, sí permiten determinar la existencia de vínculos familiares y económicos del elegido con dicha localidad y por largos períodos anteriores. Es cierto que los intereses políticos pueden generar apasionamiento en los testigos, que afecte su credibilidad, pero llama la atención que ninguno de los testimonios presentados por ambas partes, haya servido para desvirtuar el avecindamiento en cuestión.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia/ **FRAUDE ELECTORAL**-Improcedencia

La circunstancia de trasladar personas para sufragar en otro municipio no está erigida en causal de nulidad de las actas de escrutinio, conforme a los lineamientos del art. 223 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0474. Actor: Henry Escobar Romero.

Procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 3 de octubre de 1990, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I. En ejercicio de la acción pública electoral el señor Henry Escobar Romero, mediante apoderado, demandó la declaratoria de nulidad del acto por medio del cual el 14 de marzo de 1990 la Comisión Escrutadora del Municipio de Nariño, Cundinamarca, declaró elegido Alcalde al ciudadano Orlando Martínez Ortiz para el período constitucional 1990-1992.

II. Como hecho fundamental adujo el demandante que el elegido no reunía las calidades exigidas por la Ley 78 de 1986, artículo 2°, modificado por la Ley 49 de 1987, artículo 2°, como son, haber nacido o ser vecino de respectivo municipio durante el año anterior a la fecha de inscripción como candidato o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

Adicionalnente señaló que para lograr su elección, el señor Orlando Martínez Ortiz transportó en buses a numerosas personas de diferente lugares del país para sufragar en el Municipio de Nariño.

Consideró que el acto demandado transgrede los artículos 62 y 201 de la Constitución Nacional, que facultan al Legislador para determinar la calidades necesarias en el desempeño de ciertos empleos, y las incompatibilidades, inhabilidades y calidades de los alcaldes, tal como así lo hizo la Ley 78 de 1986, artículo 2°, modificada por la Ley 49 de 1987, en su artículo 2°, por lo que estima que se violaron también estas disposiciones, y está por tanto viciado de nulidad conforme al artículo 29 de la misma Ley 78 de 1986.

Para demostrar sus pretensiones adjuntó certificación del Notario Unico del Círculo de Girardot acerca del lugar de nacimiento del demandado, certificación de la Registraduría del Estado Civil sobre lugar de expedición de su cédula, constancia del Alcalde del Municipio de Nariño, que el señor Orlando Martínez Ortiz no ha resididio ni ejercido profesión u oficio permanente en dicho Municipio y certificación del Tesorero Municipal, que el mencionado ciudadano no es propietario de inmuebles rurales o urbanos.

Allegó también declaraciones extrajuicio solicitando su ratificación así como otras pruebas.

Con la demanda pidió la suspensión provisional del acto acusado y el Tribunal la denegó. Contra esa decisión no se interpuso recurso.

III. Mediante apoderado debidamente constituido, el señor Orlando Martínez Ortiz contestó la demanda afirmando algunos hechos y negando otros. Manifestó que sí fue vecino del Municipio de Nariño durante el año anterior a la fecha de inscripción como candidato a la Alcaldía y más de tres años consecutivos y dijo que las pruebas presentadas por el actor no demuestran su falta de requisitos para ser elegido Alcalde. Transcribió jurisprudencia del Consejo de Estado sobre lo que debe entenderse por vecindad y adjuntó prueba documental y declaraciones extrajuicio solicitando su ratificación y otras pruebas.

IV. Vencido el traslado para alegar con intervención de ambas partes, oído el concepto del Fiscal Colaborador favorable a las súplicas del demandante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia el 3 de octubre de 1990 negando las peticiones de la demanda. Luego de analizar las disposiciones citadas y el acervo probatorio, el *a-quo* concluye que el actor no logró demostrar su pretensión. Al respecto dijo el Tribunal:

> "El señor Orlando Martínez Ortiz, según consta en el expediente, nació en Girardot, le fue expedida su cédula de ciudadanía en Girardot, presentó declaraciones de renta en Girardot por los años 1987 y 1988 y, al parecer, tiene residencia en Girardot. Pero lo conocen desde su infancia en Nariño, porque vivía y andaba con Clímaco Martínez, quien, según unos y otros dicen, era su padre, en fincas de ese municipio, y ha ejercido su profesión de agricultor empresario en predios de esa localidad".

Y más adelante señala:

> "...El hecho de que el señor Orlando Martínez Ortiz tenga residencia en Giradot no impide que tenga o haya tenido domicilio en el área rural de Nariño, por el tiempo requerido en la norma invocada en la demanda.
>
> Cabe considerar aquí que también es admisible la circunstancia de que una persona tenga simultáneamante varios domicilios, tal como lo prevé el artículo 83 del Código Civil ...". (fl. 271).

En cuanto al cargo del presunto fraude electoral en las inscripciones de cédulas de votantes en el Municipio de Nariño, dijo el *a-quo* que no amerita consideración, porque fue propuesto por el actor en el alegato de conclusión y no oportunamente en el libelo demandatorio.

El señor Magistrado Doctor Antonio José Arciniegas en salvamento de voto se apartó de la decisión adoptada señalando que, según el Decreto Extraordinario

No. 2288 de 1989, que entró a regir el 7 de octubre del mismo año, el conocimiento de los procesos electorales no corresponde a la Sala Plena, sino privativamente a la Sección Primera del Tribunal, cuyos integrantes ya fueron elegidos y se encuentran posesionados y, en consecuencia, se ha generado la causal de nulidad procesal prevista en el artículo 140, ordinal 2° del Código de Procedimiento Civil.

V. El apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia descrita y sustentó la alzada en memorial visible a folios 278 a 285. Sostiene que la interpretación del Tribunal respecto de las normas sobre vecindad que trae el Código Civil y la valoración que hizo de las pruebas es errónea. Dijo que el *a-quo* no podía darle valor probatorio a un hecho no demostrado, como es la existencia del predio en el Municipio de Nariño, donde presuntamente el elegido ejercía sus actividades agrícolas, correspondiendo la carga de esta prueba al demandado por haberla alegado, resultando en consecuencia equivocada la conclusión del Tribunal acerca de la vecindad del señor Orlando Martínez Ortiz. Señaló que compartía el análisis fáctico y jurídico del Fiscal Colaborador, cuyos argumentos manifiesta acoger como parte de la sustentación del recurso.

Considera que la providencia de primera instancia no analizó "... con la misma crítica del testimonio las declaraciones solicitadas por la parte actora ..." (fl. 280), ni se hizo valoración alguna respecto de la certificación sobre vecindad del demandado expedida por el Alcalde del Municipio de Nariño y por el Tesorero del mismo lugar. Manifiesta su inconformidad con la decisión adoptada por el *a-quo* respecto de lo que consideró un nuevo cargo referente a la presunta irregularidad en las inscripciones de las cédulas de votantes en el Municipio de Nariño, señalando que se trata de un verdadero fraude, pues tales inscripciones fueron anuladas por la Registraduría Nacional mediante Resolución No. 1943 de 22 de mayo de 1990, cuyas copias se allegaron al expediente en su oportunidad, indicando que en el punto noveno de los hechos de la demanda sí se ilustró sobre la elección irregular, cuando se relató que fueron trasladados en buses numerosas personas de otras localidades para votar en el Municipio de Nariño.

Y aunque reconoce que ello no es causal de nulidad, sí "... constituye una práctica que atenta contra las sanas costumbres políticas y democráticas y el espíritu mismo de la ley ..." (fl. 282) y debe ser tenida en cuenta en el momento del fallo de fondo.

Señala que no obstante afirmar la sentencia recurrida que el alcalde electo tiene domicilio en el área rural de Nariño, no se dice en qué época ni hay pruebas que lo precisen. Finalmente acoge el contenido del salvamento de voto mencionado y solicita pronunciamiento sobre el particular.

VI. Mediando alegaciones de ambas partes, la señora Fiscal Séptima del Consejo de Estado, en su concepto, se refiere primero a la competencia de la Sala Plena del Tribunal Contencioso Administrativo para conocer de las demandas en

procesos electorales, precisando que si bien el Decreto 2288 de 1989 le dió una nueva organización y pasó esta facultad a la Sección Primera, no hay constancia que estuviera en funcionamiento al momento de proferirse el fallo y, por consiguiente, no puede hablarse de falta de competencia de la Sala Plena para conocer de este asunto.

Advierte luego sobre el carácter rogado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para explicar que solo pueden analizarse los cargos que aparezcan fundamentados, las normas invocadas como violadas y el concepto de violación correspondiente.

Hace luego el análisis de fondo con base en lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 49 de 1987 modificatorio del artículo 2° de la Ley 78 de 1986 sobre calidades para ser elegido Alcalde, y el artículo 78 del Código Civil respecto de lo que se entiende por domicilio civil o vecindad, señalando que el presente asunto es de índole probatoria. Al examinar cada una de las pruebas allegadas manifiesta que, si bien se demostró que el señor Orlando Martínez Ortiz no nació en el Municipio de Nariño, no se comprobó en cambio su falta de vecindad con los documentos aportados ni con los testimonios presentados por ambas partes, los cuales se contradicen entre sí, no pudiendo concederle mayor credibilidad. Y concluye diciendo que al no demostrar el actor su pretensión, no puede declararse la nulidad alegada y la sentencia recurrida debe ser confirmada.

CONSIDERACIONES

A. ***La nulidad***.

La Sala comenzará por referirse a la nulidad planteada en su salvamento de voto por uno de los señores Magistrados integrantes del Tribunal que profirió la sentencia, nulidad que acoge el apelante al sustentar el recurso y sobre la cual solicita un pronunciamiento. Y así procede la Sala, ya que de prosperar la nulidad no seria necesario entrar a decidir el fondo del asunto que en este proceso se ventila.

Sostuvo el señor Magistrado disidente: "... no comparto la decisión adoptada por la mayoría de los Magistrados de la Sala Plena, en razón de estimar que el conocimiento de los procesos electorales de competencia de este Tribunal no corresponde a la Sala Plena sino exclusivamente a la Sección Primera,..." de acuerdo con lo dispuesto en el D.E. 2288 de 1989. Por tal motivo "...se ha generado la causal de nulidad procesal prevista en el artículo 140, ordinal 2° del actual C. de P.C.".

Ciertamente, el Decreto en mención, que reestructuró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su artículo 18 atribuye a la Sección Primera de esa Corporación el conocimiento de los procesos electorales de competencia del Tribunal, por lo que aparentemente al producirse en este proceso la sentencia por

la Sala Plena de dicha Corporación implicaría la nulidad aducida en la forma que ha quedado dicha.

Mas como es de público conocimiento que la Sección Primera de dicho Tribunal tuvo inconvenientes para integrarse oportunamente, y en vista de constancias que aparecen en el mismo expediente, esta Sala autorizó, para mejor proveer, verificar si para la fecha en que se produjo la sentencia cuya apelación hoy se decide, la Sección Primera por estar debidamente integrada e instalada debía proferirla. Al respecto, se obtuvieron de una parte, copia del Acta No. 20 del 24 de septiembre de 1990, en la que consta que la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sometió a votación proposición, así : "SI LA SALA PLENA DEL TRIBUNAL CONTINUA CONOCIENDO DE LOS NEGOCIOS ELECTORALES HASTA TANTO QUEDE INTEGRADA LA SECCION PRIMERA", proposición que fue aprobada por mayoría; y de otra parte, copia del Acuerdo No. 01 de 1990 de la Sección Primera de la mencionada Corporación, aprobado el 7 de noviembre de 1990, por medio del cual ésta decidió suspender los términos entre los días 8 y 30 de noviembre de 1990, inclusive, para facilitar su organización y funciomaniento.

De la mencionada documentación la Sala encuentra que a la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca no le era posible atender adecuada y oportunamente el trámite de los asuntos de su competencia, porque los nuevos Magistrados no pudieron posesionarse todos al mismo tiempo y porque una vez posesionados carecían de oficinas para despachar, las cuales fueron entregadas al comenzar el año judicial de 1991.

Así las cosas, fue apenas natural que el Tribunal decidiera los asuntos electorales en Sala Plena y evitar con esa actitud se produjera un vacío institucional que trajera como consecuencia un estado permanente de denegación de justicia.

Con otras palabras, mientras la Sección Primera no estuviera en capacidad de atender el trámite de los asuntos que por competencia le corresponde conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del ya citado Decreto 2288 de 1989, el Tribunal en pleno continuaba teniéndola, y así lo entendió con mucho acierto. Aquí es oportuno reproducir lo dicho por el Consejo de Estado cuando se presentó situación simular al estar integrada esta Sección Quinta, pero sin disponer de oficinas para despachar. Dijo entonces el Consejo:

> "Siendo como es la justicia un servicio público a cargo de la Nación como lo predica el artículo 58 de la Constitución Nacional, no puede entenderse que desapareció automáticamente en la fecha señalada la competencia de la Sala de los ocho consejeros, y en su lugar la avocó también automáticamente la nueva Sección Quinta produciéndose en el lapso transcurrido hasta la conformación de esta última parálisis de la actividad jurisdiccional electoral. No. Dicho servicio, como tal, corresponde a la función pública que ejercen los jueces de resolver los litigios que surjan entre los asociados entre sí, o entre los asociados y el Estado (jurisdicción contencioso administrativo),

por ello, por su propia naturaleza, debe prestarse de manera regular e ininterrumpida. No puede concebirse su inmovilidad o suspensión, porque que ello desnaturalizaría la esencia del servicio público de la justicia. La comunidad en efecto está interesada en que personas u organismos públicos encargados del mismo lo deparen de manera continuada y sin dilaciones ni suspensiones, dado que en la medida en que ésto ocurra las controversias entre sus semejantes o de éstos con el Estado tendrán pronta solución, lo cual redundará en paz y tranquilidad sociales. (arts. 58, 136, 137, 140, 141, 76-9°, 62, 63, 64, 65 de la Constitución Nacional; arts. 1° y 2° del Decreto Ley 1265 de 1970 y art. 12 del Decreto Ley 250 de 1970)".

"Existen entonces las razones potísimas de derecho público antes anotadas para concluir de manera categórica que es la presente Sala Contenciosa Electoral de la ley (sic) 96 de 1985 la que debe continuar tramitando y resolviendo los procesos electorales hasta el momento en que quede debidamente integrada la nueva Sección Quinta creada por la ley (sic) 14 de 1988 y así esté en condiciones de aprehender su conocimiento. Obsérvese que ésto mismo lo intuyó este último estatuto (sic) cuando en su artículo 6° *in fine* previno que los nuevos consejeros de esa Quinta Sección deberán ser elegidos tan pronto como entrara en vigor dicha ley. Como esto ocurrió el 25 de enero de 1988 en que fue promulgada, el Legislador supuso que habría de transcurrir un término entre esa fecha y la de la debida y completa integración de los Consejeros, luego no fue la intención de aquél dejar en un limbo jurídico la justicia electoral en ese interregno.

No se dan en consecuencia las causales de nulidad invocadas, así: ni la de falta de jurisdicción, porque tanto la competencia de la ley (sic) 96, como la de la ley (sic) 14, quedaron radicadas en el Consejo de Estado.".

(auto de 21 de abril de 1988 - proceso No. E-125- Demandante Luis Carlos Galán Sarmiento).

Con anterioridad hubo pronunciamiento similar proferido el 7 de abril de 1988, en el expediente No. E-134, actor Hernando Trujillo Bolívar Barros y otros, Magistrado sustanciador Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque.

Lo dicho es más que suficiente para concluír que no prospera la nulidad advertida por el señor Magistrado disidente y a la cual se acogió la parte recurrente, exigiendo pronunciamiento al respecto.

B. ***Las calidades***

Según los hechos narrados en la demanda el señor Orlando Martínez Ortiz al momento de inscribirse como candidato para el cargo de Alcalde del Municipio de Nariño, Departamento de Cundinamarca, no reunía las calidades establecidas por el artículo 2° de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 2° de la Ley

49 de 1987, porque no nació en el citado Municipio, ni era ni había sido vecino del mismo.

El artículo 2° de la Ley 49 de 1987 preceptúa lo siguiente:

"Calidades. Para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o haber sido vecino del respectivo municipio o la correspondiente área metropolitana durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato, o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

Parágrafo. Para los efectos de la presente disposición entiéndase por vecindad la que define y establece el Código Civil Colombiano en su artículo 78".

Por lo que hace a la calidad relacionada con el lugar de nacimiento del demandado, es evidente que se comprobó que el señor Orlando Martínez Ortiz no es oriundo del Municipio de Nariño, donde resultó elegido Alcalde, tanto con la prueba documental aportada por el actor, visible a folio 20, en la cual el Notario Unico del Círculo de Girardot certifica en el libro 73, folio No. 7933819 se halla inscrito el Registro Civil de Nacimiento de Orlando Martínez Ortiz, nacido en Girardot el día 11 de junio de 1956, como con confesión del propio ciudadano quien así lo admitió en la contestación de la demanda.

Entonces, el debate se centra respecto de las otras calidades, consistentes en haber sido vecino del respectivo Municipio durante el año anterior a la fecha de la inscripción como candidato a Alcalde, o haber sido vecino del misno al menos durante tres (3) años consecutivos en cualquier época.

Contrariamente a lo expresado por el actor con su memorial de apelación, la Sala comparte la apreciación que de las pruebas hizo el fallador de primera instancia. En efecto, el certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 23), informando que la cédula de ciudadanía No. 11.298.586 a nombre de Martínez Ortiz Orlando fue expedida en Girardot, no permite determinar si el elegido fue vecino del Municipio de Nariño durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época, como lo preven las normas citadas.

Señala, también, el demandante que el *a-quo* en la providencia recurrida no hizo valoración alguna sobre la certificación de vecindad expedida por el señor Alcalde del Municipio de Nariño (fl. 21). Para la Sala es claro que tal certificación, expedida por funcionario público en ejercicio de sus funciones, hace referencia al hecho de que el señor Orlando Martínez Ortiz "... no ha residido ni ha ejercido profesión u oficio permanente en jurisdicción de este Municipio durante mi gobierno...", es decir, en el tiempo comprendido entre el 1° de junio de 1988 y el 24 de marzo de 1990, lo que estaría demostrando qun el mencionado ciudadano no fue vecino del Municipio donde resultó electo, al menos durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato. Sin embargo la misma prueba

no desvirtúa la vecindad del demandado con el Municipio de Nariño en otros tiempos, lo que significa que no puede asegurar que no fuera vecino durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época, calidad esta diferente que también contempla la norma transcrita.

De otra parte, si bien el señor Orlando Martínez Ortiz no figura en el catastro como propietario de inmuebles urbanos o rurales en el Municipio de Nariño, certificado así por el señor Tesorero Municipal de la localidad (fl. 22), ello no es prueba tampoco de la ausencia de vecindad. Sobre esta materia ya se ha pronunciado el Consejo de Estado en jurisprudencia que el señor apoderado del elegido invocó en la demanda, así:

> "...No ser comerciante ni propietario no es factor que impida el avecindamiento en un lugar determinado, pues de ser así resultaría difícil para los pobres y para los proletarios demostrar su domicilio con base distinta de la simple residencia. Sucede, sin embargo, que la "sede principal de los negocios" a que se refiere el Código Civil no se remite únicamente a los negocios económicos y mercantiles, sino también a los civiles y políticos y a todos los asuntos personales, pues no se trata de un criterio clasista o meramente económico".
>
> (Consejero Ponente: Doctor Jorge Penén Deltieure, Expediente No. E-0218, Actor Ana María Peña Lopera).

Los testimonios de los señores Luis Carlos Carvajal, Aristides Soto, Ricardo Carrillo y Camilo Charcas (fls. 24 vto., 25, 26 y 26 vto.) aportados como pruebas anticipadas por la parte actora, recepcionados por el Juez Promiscuo Municipal de Ricaurte, citados nuevemante a declarar en el Despacho de la señora Magistrada conductora del proceso en el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (fls. 130 a 140) por solicitud del demandante, no demuestran la falta de vecindad del señor Orlando Martínez Ortiz en el Municipio de Nariño. Como tampoco los testimonios de los señores Luis José Yañez Garzón, Roque Aguilar, Nacianceno Lozano, Julio Cesar Díaz y Edgar Rodríguez Valencia, (fls. 92 a 104) decretados como pruebas dentro del proceso por petición de la misma parte. Salvo los señores Edgar Rodríguez, Julio Cesar Díaz y Ricardo Carrillo, los demás testigos afirman conocer al señor Orlando Martínez Ortiz desde hace mucho tiempo (l0, 25 y 30 años), y aunque todos aseguran que su residencia es en Girardot, la mayoría coincide respecto de que es hijo de Clímaco Martínez, quien fuera dueño de la finca denominada "El Infiernito" ubicada en dicho Municipio, perteneciente en la actualidad a sus herederos, la cual, dicen unos, es visitada por el mencionado ciudadano y otros, que ejerce en ella actividades agrícolas.

Las versiones de los declarantes, tendientes a desvirtuar la vecindad del señor Orlando Martínez Ortiz en el Municipio de Nariño, no demuestran la falta de este requisito y, en cambio, sí permiten determinar la existencia de vínculos

familiares y económicos del elegido con dicha localidad y por largos períodos anteriores.

En cuanto a la prueba de la parte actora, cónsistente en las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes al señor Orlando Martínez Ortiz, enviadas al proceso a solicitud de la misma parte, por el Jefe de la División Administrativa y Documentación de la Administración de Impuestos Nacionales de Girardot (fls. 122 a 124), aunque en ellas se observa que la dirección del declarante que lo es el demandado, es la calle 20 No. 17-04 del Municipio de Girardot, sirven Unicamente para comprobar que durante los años gravables de 1987 y 1988 el elegido presentó las respectivas declaraciones de renta, pero no para demostrar si fue vecino del Municipio de Nariño durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato, o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

Al sustentar la alzada, el actor señala que correspondía al demandado la carga de la prueba respecto de la existencia y ubicación del predio denominado "El Infiernito" para demostrar su vecindad con el Municipio de Nariño. Ciertamente que el señor Orlando Martínez Ortiz al contestar la demanda solicitó, entre otras pruebas, oficiar al Registrador de Instrumentos Públicos de Girardot para el envío de un certificado de libertad y tradición del inmueble mencionado, información que no fue dada favorablemente "... por no haber sido posible ubicar el predio por falta de datos tales como: localización, nombre del propietario del inmueble y datos de registro" (fl. 209). A pesar de que el certificado de tradición y libertad es la prueba esencial para precisar la ubicación de un inmumeble y, en el caso de autos, hubiera servido para verificar el lugar donde el demandado dice ejercer sus actividades agrícolas, no puede afirmarse, como lo pretende el demandante, que sin esta prueba es errónea la conclusión a que llegó el *a-quo* respecto de la vecindad del señor Orlando Martínez Ortiz, porque otras probanzas aportadas por el demandado evidencian lo siguiente:

a) La relación financiera con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal Girardot, permite suponer su vinculación de tiempo atrás con esta Institución, según se desprende del contenido de la certificación expedida por funcionario público, como es el Subgerente, que dice: Que el señor Orlando Martínez Ortiz "...es usuario de esta sucursal desde hace aproximadamente quince (15) años".

Que al citado usuario se le han efectuado créditos agropecuarios, para invertir en fincas diversas, entre otras la finca "El Infiernito", ubicada en la vereda Garbanzal, Municipio de Nariño, Cundinamarca. (fl. 51).

b) La relación comercial del señor Orlando Martínez Ortiz con la Sociedad Uniagro Ltda, que se presume del contenido del documento privado visible a folio 53, en el cual el Sub-Gerente de la empresa certifica que el ciudadano en mención "... es cliente nuestro en compra de insumos agrícolas, semillas, destinados para

la finca "El Infiernito", Vereda Garbanzal, municipio de Nariño hace siete (7) años ".

c) La asesoría profesional del señor Hernán Montoya Rodas, Ingeniero Agrónomo, quien también en documento privado afirma haberle prestado asistencia técnica al señor Orlando Martínez Ortiz "... en sus cultivos de algodón-sorgo, ajonjolí-maíz, en predios llamados "El Infiernito" en jurisdicción del Municipio de Nariño, Cundinamarca, y en otras veredas colindantes con el mismo". (fl. 52).

Estos dos últimos documentos, originales, autenticadas las firmas de quienes los suscribieron, fueron reconocidos a petición del demandado en diligencias de fechas 13 de junio de 1990 y 17 de julio del mismo año, con la presencia del apoderado judicial del actor, sin haber sido tachados de falsos. (fls. 152 a 155 y 222 a 225).

De otra parte, los testimonios extra-proceso de los señores Alfonso Guzmán, Héctor Ramírez, Raimundo Escobar y Miguel Parmenio Rodríguez, presentados como pruebas anticipadas por el demandado, fueron ratificados ante el Despacho de la señora Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca sin haber sido objetados en la oportunidad legal. (Artículo 218 del Código de Procedimiento Civil). Todos los comparecientes manifiestan que a Orlando Martínez Ortiz lo han conocido siempre en la finca "El Infiernito", ubicada en la vereda Garbanzal, en el Municipio de Nariño, vinculado a actividades agrícolas. (fls. 156 a 165).

Es cierto que los intereses políticos pueden generar apasionamiento en los testigos, que afecte su credibilidad, pero llama la atención que ninguno de los testimonios presentados por ambas partes, haya servido para desvirtuar el avecindamiento del señor Orlando Martínez Ortiz en el Municipio de Nariño. Bien lo dice el Tribunal de primera instancia en términos, por demás acertados, que la Sala acoge, y transcribe en seguida:

> "...las mismas declaraciones allegadas al expediente y recibidas durante el proceso, tendientes a demostrar que el señor Orlando Martínez no vive ni ha vivido en Nariño, Cundinamarca, están de alguna manera corroborando las afirmaciones de los que dicen que si ha vivido largos años en dicha localidad y ejerce su profesión de agricultor empresario en tierras de Nariño (Cund.)..." (Fl. 269).

Manifiesta también su inconformidad el apelante por lo que considera aplicación errónea del derecho por parte del *a-quo* en cuanto a las normas referentes a la vecindad que define el artículo 78 del Código Civil. Basta señalar lo dicho por esta Sala el 16 de diciembre de 1988 en el expediente No. E- 0232, Consejero Ponente Doctor Amado Gutiérrez Velásquez:

"Es que si bien la definición de domicilio dada por Escriche, lo hace consistir en "el lugar donde uno se halla establecido y avecindado con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus bienes muebles", indudable es que el Código Civil nuestro -que en ello sigue la orientación de Bello para el de Chile- se aparta sustancialmente de ese criterio, seguido por la legislación y la doctrina francesas, para acogerse a la vieja tradición romanista también aceptada en Alemania.

Según el artículo 78 de nuestro Código Civil, el domicilio civil o vecindad está determinado por el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio.

Casi siempre, dice Ennecerus, el domicilio coincide con la residencia permanente pero no es necesario que así sea.

Del establecimiento donde se tienen los negocios, agrega, por ejemplo, el establecimiento mercantil, el domicilio se distingue porque no sólo se refiere a las relaciones de negocios, sino en general a las relaciones de la vida, sin que se excluyan posibles excepciones...".

(Ennecerus-Kipp-Wolff. Derecho Civil. Tomo I. Cita de Enciclopedia Omeba-Tomo IX).

Y Rodríguez Piñeros, al aludir a las proposiciones disyuntas de la norma legal en mención, expresa que el domicilio de una persona es el lugar donde ejerce habitualmente profesión u oficio "... aún cuando no resida permanentemente en él...". (Derecho Usual- Temis XVI edición, Pág, 60). Y agrega "La residencia es el lugar donde un individuo vive, el cual generalmente es el mismo domicilio, aunque hay casos en que ésto no sucede. La mera residencia constituye domicilio cuando la persona no tiene éste en otra parte...".

Finalmente, el documento que obra a folio 56, en el cual la Registradora Municipal del Estado Civil de Nariño, Cundinamarca, certifica "Que revisado en los formularios E-4 lista de ciudadanos inscritos para Elecciones de Corporaciones Públicas y Alcalde del 13 de marzo de 1988, en la Hoja No. 001, número de orden 29, de fecha 25 de enero de 1988, aparece inscrita la Cédula de Ciudadanía número 11.298.586 correspondiente al señor Orlando Martínez Ortiz...", está demostrando los nexos de interés político de este ciudadano con suficiente anterioridad, si se tiene en cuenta que alguna campaña política debió realizar como aspirante a un cargo en el Municipio de Nariño, en marzo de 1988, y que luego continuó, culminando con su elección como Alcalde de esa localidad en marzo de 1990.

La Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo citado por el demandado, de fecha 27 de octubre de 1988, expediente No. 0218, Actor Ana María Peña Lopera, al acoger el criterio del Fiscal Séptimo, se refirió al concepto de "vecindad política", de esta manera:

"Ciertamente tal concepto no resulta ajeno a los ordenamientos jurídicos colombianos sobre la vecindad y el domicilio. El propio artículo 80 del Código Civil -que la actora tiene por transgredido- abre la puerta a otro tipo de vecindades no contempladas específicamente en él. La puerta se abre por el legislador cuando, después de señalar como ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona, indica que también por el hecho de aceptar en dicho lugar empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo y, además, "por otras circunstancias análogas".

Dentro de tales "circunstancias análogas", la vecindad política, es decir aquella que se caracteriza por el ejercicio continuo, por un buen tiempo, de la actividad partidista en un determinado sitio, y con fines electorales, no riñe con la norma que eleva a la categoría de presunción del domicilio, "el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar", sin necesidad de que tal asiento político deba venir acompañado de otros hechos o circunstancias".

En síntesis, existen pruebas suficientes para acreditar la vecindad, entendida en todas sus acepciones, del señor Orlando Martínez Ortiz en el Municipio de Nariño, donde resultó electo, por lo cual habrá de desecharse este cargo.

C. ***El fraude electoral***

Aduce el actor en la demanda que el señor Orlando Martínez Ortiz trasladó en buses a una gran cantidad de personas para sufragar en el Municipio de Nariño, considerando que esta práctica riñe contra las sanas costumbres políticas y democráticas. Ciertamente, esta circunstancia aparece descrita en el punto noveno de los hechos de la misma.

Posteriormente, en su alegato de conclusión, ante el fallador de primera instancia (fls. 231 a 237) pretendió relacionar este hecho y plantearlo como un solo cargo, con el de la anulación de la inscripción de cédulas en el Municipio de Nariño, hecha con base en cotejos dactiloscópicos por el Registrador Nacional del Estado Civil, luego de que fueron aportados como pruebas, en virtud de haberlas decretado el Tribunal a petición de la misma parte, los antecedentes y actas de las elecciones para Corporaciones Públicas y Alcalde en el mencionado Municipio.

No sobra advertir, como lo reconoce el propio actor, que la circunstancia de trasladar personas para sufragar en otro municipio no está erigida en causal de nulidad de las actas de escrutinio, conforme a los lineamientos del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, y, por tanto, este presunto cargo no puede afectar la validez del acto acusado en la demanda.

Otro, muy distinto, pero propuesto fuera de oportunidad procesal, es el referente a la anulación de inscripción de cédulas que, como lo señala el *a-quo*, no amerita consideración.

Así las cosas, la Sala encuentra que no hubo violación de los artículos 2° de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 2° de la Ley 49 de 1987, ni de los artículos 62 y 201 de la Constitución Nacional, porque no está demostrada la falta de calidades del señor Orlando Martínez Ortiz, aducida por el demandante, para obtener la nulidad de la elección del mencionado ciudadano como Alcalde Municipal de Nariño, Cundinamarca, por lo cual confirmará la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto de la señora Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Niégase la nulidad impetrada.

2o. Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 3 de octubre de 1990, que negó las peticiones de la demanda propuesta por el señor Henry Escobar Romero mediante apoderado judicial.

3o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha. veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

*Amado Gutiérrez Velásquez;*Presidente, *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades/ **EMPLEADO PUBLICO/ EMPLEADO DEL CONGRESO**

Demostrado quedó que el demandado laboraba en la Cámara de Representantes y que lo hacía aun en la época que tuvo lugar la contienda electoral. La Cámara de Representantes hace parte de la Rama Legislativa y, en concecuencia, quienes se encuentren vinculados a ella no tienen categoría diferente, siendo necesariamente empleados públicos. Si bien para los empleados de la Rama Legislativa no hay norma concreta que les prohíba intervenir en actividades partidistas, sí existe un conjunto de disposiciones expresas, de aplicación restringida, para todas las personas que siendo empleados oficiales y, por razón de su cargo, no puede ser válidamente elegidos sino después de haber transcurrido un determinado tiempo desde que el empleado dejó de serlo definitivamente. La inhabilidad referida se computa en relación con el día de la correspondiente elección, y no implica ninguna sanción para el empleado oficial que acepte ser candidato. Simplemente es un obstáculo para que su elección sea válida.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos/ **PARTES** - Designación

El C.C.A. exige que toda demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe contener la designación de las partes y sus representantes, pero también es claro que por el carácter eminentemente popular que tiene la acción electoral, los formulismos del procedimiento son menos exigentes porque existe un interés mayor, superior, que es el de preservar el orden jurídico. En las demandas electorales, de manera especial, el señalamiento de las partes lo hace la misma ley al ordenar en el art. 233, que el auto admisorio de la demanda deberá disponer que se notifique por edicto, entre otras cosas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0496. Actor: Libardo Simancas y otros.

Se procede a desatar el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 17 de octubre de 1990, que declaró la nulidad de la elección del señor Roberto Mario Tinoco Vergara como Alcalde del Municipio de Arjona.

ANTECEDENTES

1. Los ciudadanos Libardo Simancas Torres, Antonio Castro Guardo y José Ascensión Fernández Osorio, en ejercicio de la acción pública electoral presentaron sendas demandas de nulidad contra el acto de fecha 14 de marzo de 1990, por medio del cual la Comisión Escrutadora declaró elegido Alcalde del Municipio de Arjona al señor Roberto Mario Tinoco Vergara, y solicitaron la cancelación de la respectiva credencial.

El señor Antonio Castro Guardo pidió, además, como consecuencia de lo anterior, la nulidad del acta de inscripción y en su defecto declarar legalmente elegido al doctor Gustavo Pardo Castillo, de la misma filiación política, quien siguió en votos al demandado; y en su defecto, dar cumplimiento a lo señalado por la Ley 78 de 1986 sobre el particular. Y el señor José Ascensión Fernández Osorio solicita la convocatoria a nuevas elecciones, conforme a lo previsto en los artículos 13 y 20 de la Ley 78 de 1986 y artículo 8 de la Ley 49 de 1987.

Fundamento de la acción es el hecho que el señor Roberto Mario Tinoco Vergara se encontraba inhabilitado de acuerdo con la Ley 78 de 1986, artículo 5, literal e), modificada por la Ley 49 de 1987, artículo 1°, parágrafo segundo, literal e), porque, según los señores Libardo Simancas y José Ascensión Fernández Osorio, era empleado oficial, tanto en el momento de su inscripción de candidato aspirante, como en la fecha de la elección; y de acuerdo con lo afirmado por el señor Antonio Castro Guardo, lo era aún dentro de los tres meses anteriores a la época de la elección, desempeñándose como Asesor Profesional Especializado en Planeación Int. del Centro de Asesoría Técnica de la Cámara de Representantes.

Consideraron los demandantes que el acto acusado es violatorio en las siguientes disposiciones:

a) El señor Libardo Simancas. de las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, en sus artículos 5 y 1°, parágrafo segundo, respectivamente, y del "artículo 225 del Código Contencioso Administrativo".

b) El señor Antonio Castro Guardo, del artículo 5 de la Ley 78 de 1986 en armonía con el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 49 de 1987, del artículo 14 del Decreto Reglamentario 1001 de mayo de 1988 y de los artículos "42 y 65 de la Ley 96 de 1985, numeral 12 de esa norma".

c) El señor José Ascensión Fernández Osorio, del artículo 201 de la Constitución Nacional (Acto Legislativo No. 1 de 1986), de la Ley 78 de 1986, Artículo 5, literal e), modificado por la Ley 49 de 1987 artículo 1° parágrafo segundo, literal e, en concordancia con el artículo 29 inciso segundo de la Ley 78 de 1986, del Decreto 01 de 1984 artículo 223, modificado por el artículo 65 numeral 5 de la Ley 96 de 1985, modificado a su vez por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, en concordancia con el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo.

Solicitada la suspensión provisional en cada una de las demandas, el Tribunal Administrativo de Bolívar la denegó en los procesos instaurados por Libardo Simancas y Antonio castro, y la concedió en el de José Ascensión Fernández. El primero de los nombrados apeló de la respectiva decisión ante el Consejo de Estado, Corporación que mediante auto de fecha junio 15 de 1990 revocó la decisión del fallador de primera instancia en el proceso correspondiente y resolvió suspendiendo provicionalmente el acto acusado. Por su parte el apoderado del demandado interpuso el recurso de alzada contra la providencia del Tribunal en el proceso iniciado por José Ascensión Fernández Osorio, el cual fue resuelto en providencia de junio 19 de 1990, confirmando la decisión de suspensión provicional.

2. El demandado, mediante apoderado debidamente contituido, contestó las demandas oponiéndose a las pretensiones de las mismas, argumentando que a pesar de figurar en la nómina de la Cámara de Representantes, no se encontraba inhabilitado para la elección, pues no existe norma expresa que prohiba intervenir en política a los que presten sus sevicios en la Rama Legislativa. Señaló que como las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de aplicación restringida, dictadas expresamente para las ramas ejecutiva y jurisdiccional, no pueden aplicarse por analogía a quienes laboran en el Congreso. Analizó el contenido del literal e), parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 49 de 1987, referente a las causales de inhabilidad para ser elegido o designado alcalde, señalando que la primera de ellas se aplica a los funcionarios o empleados que hayan ejercido jurisdicción o autoridad dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, siendo obvio que un asesor profesional de la Cámara de Representantes no puede decidir el derecho ni obligar a su cumplimiento. Y sobre la segunda inhabilidad dijo que es para quienes dentro de los tres (3) meses anteriores sean empleados oficiales, categoría dentro de la cual no están comprendidos los empleados de la Rama Legislativa, de comformidad con la Ley 28 de 1983, ni existe para ellos prohibición de intervenir en política conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado que transcribió.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por la no designación de la parte demandada y su representante, y de caducidad.

3. Por auto de 16 de julio de 1990 el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió acumular las demandas. De los procesos acumulados se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, interviniendo únicamente el señor José Ascensión Fernández y el demandado, mediante sus respectivos apoderados.

4. Oído el concepto del Fiscal Colaborador el Tribunal profirió sentencia favorable a las pretensiones de los actores el 17 de octubre de 1990. Al resolver sobre las excepciones propuestas señaló: respecto de la ineptitud de la demanda por la no designación de las partes, no puede prosperar porque aún cuando el artículo 137, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo dispone que toda demanda ante la jurisdicción administrativa debe contener la designación de las partes y sus representantes, el artículo 233 del mismo Estatuto, modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, norma especial en materia electoral, señala cómo debe hacerse la notificación del auto admisorio de la demanda, que en el presente caso, por tratarse de la elección de alcalde, se notifica por edicto que permanece fijado por cinco (5) días, agregando "...que en las demandas electorales no se exige el requisito de designar a la parte o a las partes demandadas..." (fl. 109, expediente No. 0496); en cuanto a la de caducidad,tampoco prospera porque como la demanda no adolece del requisito anterior y se presentó dentro del término previsto de veinte (20) días, se admitió por reunir los requisitos y formalidades previstos en el artículo 143 ibídem.

En el análisis de fondo explicó que de conformidad con el literal e), artículo 5° de la Ley 78 de 1986, modificada por el parágrafo segundo, artículo 1° de la Ley 49 de 1987, no podrá ser elegido o designado alcalde quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial, término que define el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, reglamentario de las leyes citadas, para los efectos de la inhabilidad prevista, dentro del cual están comprendidos, entre otros, los empleados públicos, que, según reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, los son las personas naturales que prestan sus servicios en el Congreso de la República.

Luego de examinar las probanzas allegadas al proceso, concluyo el *a-quo:*

> "De los referidos documentos aparece demostrado que dentro de los tres (3) meses anteriores a su elección como Alcalde del Municipio de Arjona, para el período 1990-1992, el señor Roberto Mario Tinoco Vergara se desempeñaba como empleado oficial, en la especie de empleado público, de la Cámara de Representantes, en el cargo de asesor Profesional Especializado en Planeación Int. del Centro de Asesoría Técnica. Estaba por dicho motivo inhabilitado para ser elegido conforme al artículo 5° literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1°, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, y por ello habrá de declararse la nulidad del acto acusado, mediante el cual fue declarado elegido Alcalde del Municipio de Arjona, y

como consecuencia de esta declaración y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 del C.C.A. se ordenará la cancelación de la respectiva credencial que en virtud de dicha elección se le extendió". (fls. 114 y 115, expediente No. 0496).

Respecto de la solicitud propuesta por uno de los actores de declarar la nulidad de la inscripción de la candidatura, el *a-quo* manifestó que para obtener la nulidad de la elección debe demandarse precisamente la nulidad del acto por medio del cual se declara, como así se hizo. Y sobre, la otra petición, la de declarar elegido a quien siguió en votos al demandado, señaló que la Ley y el reglamento establecen el procedimiento que ha de seguirse en cumplimiento de la sentencia que declara la nulidad de la elección de un alcalde.

5. Contra la sentencia descrita, el apoderado judicial del demandado recurrió en apelación, argumentando para sustentar el recurso que las prescripciones de los artículos 137 y 233 del C.C.A. son diferentes, pues la una ordena designar a las partes y la otra señala a quien debe notificarse personalmente, y confundirlas, como lo hizo el Tribunal, a nadie convence porque "...no todo el que se notifica personalmente es parte, ni todas las partes se deben notificar personalmente". (fl. 120, expediente No. 0496).

Hizo un examen comparativo del artículo 83 del Decreto 1333 de 1986, referente a las inhabilidades de los empleados oficiales para ser elegidos Concejal, con las pertinentes para ser elegidos Alcalde, explicando que la única diferencia radica en que en el primer caso el término de inhabilidad es de seis (6) meses y en el segundo de tres (3) meses, considerando que la Sección Quinta del Consejo de Estado cambió diametralmente su doctrina, pues mientras que en un fallo estableció que los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, aunque sean empleados oficiales pueden ser elegidos Concejal, al resolver en este mismo proceso sobre la apelación del auto que suspendió provicionalmente la elección de su representado dijo tales empleados de la Rama Legislativa no pueden ser elegidos Alcalde por ser empleados oficiales, desconociéndose aún "...los argumentos jurídicos de la Sala Quinta para poder establecer que unos mismos empleados oficiales puedan ser elegidos Concejales, pero no Alcaldes". (fl.122, expediente No. 0496).

Sugiere que es necesario que el Consejo de Estado se "...adentre a las ponencias de las diferentes comisiones (sic) de Cámara y Senado, donde quedó meridianamente plasmado el espíritu de la Ley 28 de 1983 que se debatía..." (fl. 122, expediente No. 0496).

Insistió sobre los mismos argumentos referentes a la capacidad electoral, la aplicación restringida de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, la exclusión de los empleados de la Rama Legislativa de la categoría de Empleados Oficiales y la falta de norma expresa que les prohiba intervenir en actividades políticas.

Dentro del término para alegar presentaron memoriales el demandado en nombre propio y el doctor José Ascensión Fernández Osorio, parte demandante. Sostuvo el primero que el Tribunal interpretó equivocadamente el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, pues esta norma definió claramente el alcance de la expresión "empleado oficial" utilizada por la Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, dentro de la cual no incluyó los empleados de la Rama Legislativa, que tienen categoría especial y diferente creada por la Ley 28 de 1983.

Por su parte, el doctor José Ascensión Fernández pidió confirmar la sentencia apelada porque el señor Roberto Mario Tinoco Vergara, cuando fue elegido Alcalde se encontraba inhabilitado conforme a lo previsto sobre la materia por la Constitución y la Ley.

6. El señor fiscal Octavo Colaborador de esta Sección Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo al referirse a la excepción de ineptitud de la demanda, estima que no puede prosperar porque en los procesos electorales se demanda un acto administrativo y no una persona determinada, y la designación de las partes y sus representados, rigurosa en el procedimiento ordinario, no lo es en el electoral. Explica también cómo se hace la notificación del auto admisorio de la demanda según el artículo 233 del C.C.A., y respecto de la excepción de caducidad señala que tampoco debe prosperar porque la acción fue instaurada dentro del término previsto en la ley. Afirma, que en el proceso se comprobó la inhabilidad del señor Roberto Mario Tinoco Vergara para ser elegido Alcalde, y solicita se confirme la sentencia proferida en la primera instancia.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, la Sala entra a resolver primero sobre las excepciones propuestas, pues en el evento de prosperar alguna de ellas, no habría lugar a examinar las pretenciones señaladas en las demandas, que no son cosa diferente de la de obtener la nulidad del acto de elección del señor Roberto Mario Tinoco Vergara como Alcalde del Municipio de Arjona, por estimar que se hallaba inhabilitado a tenor del artículo 5°, literal e) de la Ley 78 de 1986 modificado por el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 49 de 1987.

1. ***Las excepciones previas***

a) Ineptitud de la demanda por la no designación de las partes.

Ciertamente, el artículo 137 del Decreto 01 de 1984, exige que toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe contener la designación de las partes y sus representantes, pero también es claro que por el carácter eminentemente popular que tiene la acción electoral, los formulismos del procedimiento son menos exigentes porque existe un interés mayor, superior, que es el de preservar el orden jurídico. En las demandas electorales, de manera especial,

el señalamiento de las partes lo hace la misma ley al ordenar en el artículo 233, modificado por el artículo 60 del Decreto 2304 de 1989, que el auto admisorio de la demanda deberá disponer que se notifique por edicto, que se fijará durante cinco (5) días; que se notifique personalmente al Ministerio Público; cuando se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada, se dispondrá notificarlo personalmente en calidad de demandado, y cumplido el término de la notificación se fijará en lista por tres (3) días para que conteste la demanda y solicite pruebas. Igualmente, la misma norma señala que si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende. En este caso, se les notificará mediante edicto que durará fijado cinco (5) días en la secretaría y se publicará en dos diarios de circulación en la respectiva circunscripción electoral. Resulta, entonces, acertada la explicación del Tribunal de primera instancia, pues la designación de las partes y sus representantes, que es requisito esencial en toda demanda contencioso administrativa, como ya se dijo, conforme al artículo 137 del Decreto 01 de 1984, también se cumple en las demandas electorales, aunque de manera diferente, en la forma prevista por el citado artículo 233.

En el caso que nos ocupa, y tratándose de la elección de un Alcalde, nítidamente se observa que se cumplió con esta exigencia, al notificar por edicto, como lo prevé la Ley, el auto admisorio de cada una de las demandas, las cuales fueron contestadas por el propio señor Roberto Mario Tinoco Vergara en calidad de parte demandada quien, además, se hizo representar oportunamente.

En consecuencia, no prospera la excepción.

b) La caducidad de la acción.

Es esmerado y juicioso el planteamiento del *a-quo* al examinar esta excepción, que la Sala acoge en su integridad. En efecto, el artículo 28 de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 7° de la Ley 14 de 1988, aplicable al caso en estudio, señala lo siguiente:

> "La acción electoral caducará en veinte días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata".

La norma indica el plazo para instaurar la acción. Y examinado los documentos que obran en el expediente, se infiere que la declaratoria de elección del Alcalde del Municipio de Arjona se realizó el 14 de marzo de 1990, mediante acto notificado en estrados en la misma fecha, y las demandas fueron presentadas los días 2, 6 y 16 de abril del mismo año, lo que significa que el término de veinte (20) días, contados a partir del 15 de marzo siguiente a la fecha en que se declaró la elección, expiró judicialmente el 19 de abril de 1990, descontados los días inhábiles de conformidad con el artículo 121 del Decreto 2282 de 1989 y, por ello, es necesario concluir que al ser instaurada la acción contra el acto de elección, no puede prosperar la excepción de caducidad propuesta por el demandado.

2. *La inhabilidad*

Deducir un cambio diametral de doctrina de esta Corporación, como lo hace el señor apoderado judicial del recurrente, no tiene ninguna seriedad frente a lo que realmente dijo la Sección Quinta del Consejo de Estado en el fallo cuya fecha curiosamente dejó en blanco el memorialista, quien parece referirse al pronunciado el 18 de septiembre de 1989, expediente No. 0322, actores Hugo Escobar Sierra y Juan Guillermo Gómez Rodríguez, que desató el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, de marzo 13 del mismo año, declarando la nulidad de la elección del señor Ricardo Alarcón Guzmán como Concejal de los Municipios de Purificación y Prado, y a la providencia de junio 19 de 1990, que resolvió la alzada contra el auto que negó la suspensión provisional en el expediente 0370.

No resulta necesario su transcripción, pero sí es necesario anotarle al señor apoderado del demandado que de la misma manera como realizó un cuadro comparativo de las normas que regulan las inhabilidades para empleados oficiales que aspiren a Concejal o a Alcalde, debió también cotejar en ambos procesos las razones invocadas y las normas que se estimaron como violadas, para darse cuenta que son diferentes en uno y otro caso. Por tanto, no será igual la decisión que se tome dentro de un proceso a la adoptada en otro, sobre circunstancias y bases jurídicas distintas.

La causa *petendi* está integrada tanto por los hechos que aparezcan descritos en la demanda, como por los fundamentos de derecho que se consideran quebrantados y por el concepto de violación que debe exponer el demandante, elementos estos que señalan al Juez Administrativo su marco de acción que no puede rebasar por tratarse de una juridicción rogada.

Respecto del hecho aducido por los actores, consistente en que para la fecha de la elección de Alcalde, y con anterioridad, es decir dentro del término de los tres (3) meses que señala el artículo 5, literal e) de la Ley 78 de 1986, modificado por el artículo 1°, parágrafo segundo, de la Ley 49 de 1987, el señor Roberto Mario Tinoco Vergara se encontraba desempeñando un empleo oficial, como que ejercía el cargo de Asesor Profesional Especializado en Planeación Int. del Centro de Asesoría Técnica de la Cámara de Representantes, incorporado desde el 1o. de abril de 1977 según Resolución No. 216 del 16 de marzo del mismo año y continuaba prestando sus servicios el 5 de abril de 1990, se evidencia con la certificación del señor Jefe de Personal de esa Entidad. (fl. 25, expediente No. 0370).

También, aparece comprobado que le fueron cancelados dineros, en calidad de Asesor, en los meses de enero, febrero y marzo de 1990, con la constancia expedida por el Pagador de la entidad nombrada. (fl. 5, expediente No.0368). Y que fue elegido Alcalde del Municipio de Arjona para el período constitucional 1990-1992, (fls. 6, 7 y 72, expediente No. 0368).

Demostrado, como está, que el señor Roberto Mario Tinico Vergara venía laborando en la Cámara de Representantes sin solución de continuidad desde el 1o. de abril de 1977 y, que lo hacía aún en la época que tuvo lugar la contienda electoral, en la cual fue elegido Alcalde del Municipio de Arjona, resta precisar si el mencionado ciudadano, en virtud de su cargo, tenía la envestidura de empleado oficial.

La Ley 28 de 1983, a la que acude el apelante para probar sus argumentos, dispone en su artículo 1° lo siguiente:

> "Todas las personas naturales que presten sus servicios al Congreso de la República se denominan empleados de la Rama Legislativa del Poder Público".

No sobra advertir que la Cámara de Representantes hace parte de la Rama Legislativa, precisamente una de las tres Ramas del Poder Público y, en consecuencia, quienes se encuentran vinculados a ella no tienen categoría diferente, siendo necesariamente empleados públicos. Así lo tiene definido el Consejo de Estado en reiterado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, emitido el 1o. de marzo de 1984, sobre ponencia del Consejero Dr. Jaime Paredes Tamayo.

De otra parte, contrariamente a lo que afirma el demandado, estima la Sala que el fallador de primera instancia sí interpretó fielmente el artículo 14 del Decreto 1001 de 1988, del siguiente tenor:

> "Para efectos del parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 49 de 1987, se entiende por empleados oficiales *los empleados públicos*, trabajadores oficiales y los funcionarios de la seguridad social del nivel nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial o municipal, incluyendo los de sus entidades decentralizadas". (Se subraya).

Si las personas naturales que trabajan en la Rama Legislativa son empleados públicos, no hay duda entonces que un Asesor Profesional Especializado en Planeación Int. del Centro de Asesoría Técnica de la Honorable Cámara de Representantes es un "empleado público", comprendido dentro de la categoría de "Empleado Oficial", al cual le son aplicables las disposiciones sobre inhabilidades establecidas en las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987.

Así las cosas, si el señor Roberto Mario Tinoco Vergara quería participar en la contienda electoral para la elección de Alcalde realizada el 13 de marzo de 1990, debió retirarse tres (3) meses antes, mas como no lo hizo, estaba inhabilitado para ser elegido en esa dignidad.

Y si bien para los empleados de la Rama Legislativa, como lo ha dicho el Consejo de Estado, no hay norma concreta que les prohiba intervenir en actividades partidistas, entendiéndose por éstas toda actuación en relación con un movimiento o grupo político que implique una participación directa u ocasional en su organización o campaña electoral, o cualquier comportamiento encaminado a buscar su apoyo o su oposición, sí existe un conjunto de disposiciones expresas,

de aplicación restringida para todas las personas que siendo empleados oficiales y, por razón de su cargo, no pueden ser válidamente elegidos sino después de haber transcurrido un determinado tiempo desde que el empleado dejó de serlo definitivamente.

La inhabilidad a que se alude en este proceso se computa en relación con el día de la correspondiente elección, y no implica ninguna sanción para el empleado oficial que acepte ser candidato. Simplemente es un obstáculo para que su elección sea válida, y el acto que así la declare es anulable por los Tribunales de la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

Añade también el recurrente, que el mencionado cargo de Asesor Profesional en la Cámara de Representantes no conlleva jurisdicción, ni autoridad civil, política o militar. Ciertamente le asiste la razón, pero es de advertir que esta circunstancia constituye una causal de inhabilidad diferente a la que aquí se discute, que ni siquiera ha sido objeto de mención en este proceso.

Las demás peticiones contenidas en el libelo demandatorio presentado por el señor Antonio Castro Guardo, ya fueron resueltas acertadamente por el *a-quo* y la Sala acoge sus argumentos como propios. Por tanto, no se requieren más consideraciones para llegar a la conclusión de que la sentencia apelada debe confirmarse en todas sus partes.

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del 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:

1o. Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en este proceso el día 17 de octubre de 1990, que declaró la nulidad de la elección del señor Roberto Mario Tinoco Vergara como Alcalde del Municipio de Arjona y ordenó la cancelación de la respectiva credencial.

2o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González Barliza, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL - Requisitos/**PARTES** - Designación/**PRINCIPIO DE CELERIDAD/ NOTIFICACION POR EDICTO**

En la demanda electoral en la que se pide la práctica de nuevo escrutinio como resultado de la nulidad impetrada, son partes los ciudadanos declarados elegidos por el o los actos cuya nulidad se pretende con la puesta en marcha de la acción pública electoral. Iría contra el principio de celeridad un procedimiento engorroso consistente en la notificación personal a todos y cada uno de esos demandados. Entendiéndolo así el legislador fue el que dispuso la notificación mediante publicación del edicto.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia/ **VIOLENCIA A ESCRUTADORES** - Inexistencia

El día de elecciones, cuando tenía lugar la contienda electoral en el Corregimiento de Media Luna hubo alteración del orden público, pero no llevan a la certidumbre de violencia en contra de los escrutadores de las mesas de votación allí ubicadas. La prueba idónea, como sería el informe de la primera autoridad político-administrativa del Corregimiento, o el informe del Comandante de Policía sobre lo ocurrido, permitiría verificar lo ocurrido, pero la carencia de esta prueba, impide la convicción sobre si hubo violencia contra los escrutadores.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0501. Actor: Emilio Abuabara Noriega.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación propuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 7 de noviembre de 1990, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

I. El doctor Emilio Abuabara Noriega en nombre propio presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Cesar para solicitar la nulidad del Acuerdo No. 1 de mayo 3 de 1990, en cuanto "...declaró la elección de diputados por la circunscripción electoral del Departamento del Cesar para el período de 1990-1992 y se ordenó la expedición y entrega de credenciales a los elegidos" (fl. 13).

También demanda la nulidad de los registros electorales o actas de escrutinio de los jurados de votación o de cualquier otra corporación que se hubieren computado y, como consecuencia, se ordene un nuevo escrutinio solamente para diputados, con base en las actas que no se declaren afectadas de nulidad, previa rectificación de los errores aritméticos, y con base en los nuevos resultados se declare la elección de diputados a la Asamblea Departamental del Cesar, se expidan las correspondientes credenciales y se comuniquen estas novedades a las autoridades correspondientes.

Adujo como hechos de la demanda, que el día de las elecciones hubo una incursión guerrillera de características violentas en la plaza del Corregimiento de Media Luna, jurisdicción del Municipio de San Diego en el Departamento del Cesar, que obligó a los jurados de las seis (6) mesas de votación allí instaladas a buscar refugio, suspendiendo su labor y terminando las elecciones sin realizar el escrutinio ni levantar ni firmar las actas, limitándose a dejar constancia de lo sucedido en el formulario E-17. Que con posterioridad, el 18 de marzo, la Comisión Escrutadora del Municipio de San Diego, sin tener competencia para ello realizó el cómputo y escrutinio de las seis (6) mesas con votos no válidos, decisión que fue confirmada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral. Interpuestos los recursos necesarios, se abstuvieron de hacer la correspondiente declaración y el Consejo Nacional Electoral mediante Acuerdo No. 1 de mayo 3 de 1990, notificado en estrados el día 10 de mayo del mismo año, declaró la elección, entre otros, de los Diputados a la Asamblea Departamental del Cesar para el período 1990-1992, sin especificar el número de votos obtenidos por cada lista, lo que impidió determinar el cuociente electoral.

Indica como normas violadas el numeral 1° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo y cita también los numerales 6 del artículo 65 de la Ley 96 de 1985, numerales 1, 3, 4 y 8 de las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de la misma ley, que considera son causales de nulidad conforme al artículo 223 del C.C.A.

II. El Diputado elegido señor Lázaro Calderón Garrido, mediante apoderado contestó la demanda manifestando que la causal de nulidad del artículo 192 del Código Electoral, referente a la circunstancia de que las actas se extiendan y firmen en sitio distinto, invocada por el actor, no se configura, y propuso además la excepción de ineptitud de la demanda por la no designación del "nombre" de los demandados (fls. 35 y 36).

El ciudadano Clemente Díaz Luque, también elegido diputado, impugnó la acción y se opuso a las pretenciones de la demanda negando los hechos de la misma, argumentando que la incursión guerrillera constituyó caso fortuito, impidiendo a los jurados seguir atendiendo la elección, originando que la Comisión Escrutadora realizara y agregara el resultado a las Actas de Escrutinio General del Municipio de San Diego públicamente, en presencia de candidatos y testigos de diferentes partidos políticos. Dijo que no reconocer la votación efectuada antes de la incursión guerrillera, sería restarle valor a los sufragios depositados por los electores hasta ese momento.

III. Previa la alegación del actor y el concepto fiscal desfavorable a sus peticiones, el Tribunal Administrativo del Cesar en sentencia proferida el 7 de noviembre de 1990 denegó las súplicas de la demanda, y declaró que no prospera la excepción propuesta porque el demandante sí cumplió con el requisito de designar al demandado al señalar como tales a todos los ciudadanos declarados elegidos.

Respecto de la causal de nulidad a que alude el numeral 1 del artículo 223 del C.C.A., manifestó que acogía las razones del Consejo Nacional Electoral contenidas en el Acuerdo No. 1 de 1990, y señaló que los jurados no fueron individualmente agredidos ni violentados sino que sencillamente hubo alteración del orden público por lo que estimaron conveniente dejar la labor de escrutinio a otras autoridades, la cual fue realizada posteriormente por la Comisión Escrutadora.

Con relación a las otras causales invocadas por el actor, dijo el Tribunal:

"*Violación del artículo 192 del Código Electoral en sus numerales 1, 3, 4 y 8.* Al respecto conviene anotar que el artículo 192 del Código Electoral, o sea, el decreto (sic) 2241 del 1985, contiene doce (12) numerales, que hoy se encuentran consagrados similarmente en el artículo 42 del la Ley (sic) 96 de 1985.

Estos numerales fueron entronizados como causales de nulidad, por mandato expreso del artículo 223-6 del Código Contencioso Administrativo, que había sido modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985.

En estas circunstancias, aun cuando el actor no hubiera invocado el numeral 6 del artículo 223, el Tribunal, con la facultad que tiene de interpretar la demanda, hubiera aceptado que eso fue lo que quiso el damandante.

Pero ocurre, que el artículo 17 de la ley (sic) 62 de 1988, modificó el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo y en tal virtud las causales de reclamación contempladas en el artículo 42 de la ley (sic) 96 de 1985, que habían sido erigidas como causales de nulidad ante esta jurisdicción, desaparecieron como tales al no establecerlas como causales el aludido artículo 17 de la ley (sic) 62 de 1988.

Lo expresado anteriormente nos lleva a la conclusión que las causales de reclamación contenidas en el artículo 192 del Código Electoral, con las modificaciones impuestas por la ley (sic) 62 de 1988, no pueden esgrimirse como causales de nulidad y sólo son pasibles de reclamación en la vía gubernativa.

Las causales de nulidad de cualquier naturaleza, son taxativas y en consecuencia, solamente cuando la ley las señala como tales pueden prosperar para su estudio.

Si por expreso mandato del artículo 17 de la ley (sic) 62 de 1988, desapareció el numeral 6 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, ello significa que las causales de reclamación allí contempladas, dejaron de existir jurídicamente como causales de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa".

IV. Contra la sentencia el señor Emilio Abuabara Noriega interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la decisión del *a-quo* en relación con la causal de nulidad del numeral 1 del artículo 223 del C.C.A., argumentando que el fallador de primera instancia se limita a señalar que los jurados de votación no fueron agredidos individualmente, cuando en realidad existió "...violencia real, palpable, evidente sobre todos y cada uno de los jurados de las seis (6) mesas de votación que funcionaron en el corregimiento de media luna (sic)", (fls. 96 y 97), terminando anticipadamente la contienda electoral y absteniéndose de practicar el escrutinio en las respectivas mesas, considerando el actor que las razones que adujo en la demanda y en el alegato de conclusión tienen plena vigencia. Afirmó no estar de acuerdo con la interpretación del Tribunal en cuanto el artículo 17 de la Ley 62 de 1988 al descartar las causales de reclamación como de nulidad, porque en realidad lo que hizo la norma en mención fue aumentar el número de causales de nulidad. Concluyó solicitando la revocatoria de la sentencia.

V. El señor Fiscal Octavo del Consejo de Estado en su vista de fondo manifestó que comparte lo resuelto por el *a-quo* respecto de la excepción propuesta, y señaló que a pesar de estar demostrada la incursión guerrillera que obligó a los jurados de votación a buscar lugares de protección, también se comprobó que una hora después regresaron a sus mesas y entregaron las urnas en la Registraduría Municipal sin realizar los escrutinios, los cuales, con posterioridad, fueron efectuados por la Comisión Escrutadora sin que exista prueba de que las urnas hayan sido violentadas, ni agredidos los jurados. Considera que las otras irregularidades narradas en la demanda constituyen causales de recla-

mación en la vía gubernativa, que no están consagradas como causales de nulidad en el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que son taxativas. Solicita se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

I. Se ocupa la Sala primero de la excepción de ineptitud de la demanda por la no designación de los nombres de los demandados propuesta por el demandado en su escrito de contestación, porque de prosperar no habría lugar a analizar el fondo del asunto debatido.

El actor en el capítulo I del libelo demandatorio señala que es parte demandante, y que son parte demandada todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pide, indicando los nombres de cada uno. Agrega que lo son también los ciudadanos declarados elegidos en calidad de suplentes, cuyos nombres aparecen en el mismo acto acusado.

Es cierto que el numeral 1 del artículo 137 del C.C.A., señala que toda demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa deberá contener la designación de las partes y sus representantes, pero no lo es menos que los procesos electorales se tramitan por normas especiales encaminadas a obtener decisiones oportunas, a fin de que el resultado del sufragio permita ocupar las senaturías, representaciones a la Cámara, a las asambleas, concejos, alcaldías, etc., etc., a quienes realmente les corresponde conforme a los principios que informan la filosofía y razón de ser del voto popular. No parece adecuarse a esa intención una decisión tardía en los procesos electorales, que haga nugatoria el derecho adquirido por el elegido como resultado del ejercicio del sufragio. No debe olvidarse que la pureza y eficacia del voto son bases esenciales del orden público en los países que se rigen por el sistema democrático de gobierno. En consonancia con este principio de la celeridad en la tramitación del proceso electoral está lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 223 del C.C.A. en el sentido de que "...se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos, por los actos cuya nulidad se pretende..." cuando de la declaración de nulidad se haga necesario practicar nuevo escrutinio. De acuerdo con ésto resulta suficiente que en la demanda electoral en la que se pide la práctica de nuevo escrutinio como resultado de la nulidad impetrada, como en el caso de este proceso, se diga que son partes los ciudadanos declarados elegidos por el o los actos cuya nulidad se pretende con la puesta en marcha de la acción pública electoral. Iría contra ese principio un procedimento engorroso consistente en la notificación personal a todos y cada uno de esos demandados. Entendiéndolo así el Legislador fue quien dispuso la notificación mediante la publicación del edicto en dos periódicos de amplia circulación en la circunscripción electoral correspondiente.

Y aunque la designación de las partes en las demandas electorales se cumple de manera diferente, en el presente caso el actor hizo esta especificación, incluyendo en ella los nombres de los elegidos, y no se comprende por qué el señor

Lázaro Calderón Garrido propone esta excepción, cuando él mismo contestó la demanda en calidad de parte demandada.

En consecuencia, no prospera la excepción.

II. En seguida procede la Sala a examinar las peticiones del demandante en relación con los hechos y las normas que estima violadas y los motivos de inconformidad con la sentencia apelada.

Solicita el actor la nulidad del Acuerdo No. 1 de 3 de mayo de 1990 y de los registros electorales o actas de escrutinio de los jurados de votación o de cualquier "otra corporación" que se hubieren computado en el escrutinio del Municipio de San Diego en lo referente a los Diputados de la Asamblea del Departamento del Cesar, con base en la causal de nulidad que contempla el numeral 1 del artículo 223 del C.C.A., que a la letra dice:

> "Causales de Nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulos en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores ...".

Para sustentar esta causal el señor Emilio Abuabara Noriega se circunscribe al hecho de que el día de las elecciones hubo una incursión guerrillera en la plaza del Corregimiento de Media Luna,que obligó a los jurados de votación a interrumpir la jornada electoral y a buscar refugio para proteger sus vidas por falta de garantías.

El Tribunal de primera instancia desechó este cargo, basado en los argumentos del Consejo Nacional Electoral al expedir el Acuerdo No. 1 de mayo 3 de 1990, y agregó: "...los jurados individualmente considerados no fueron agredidos ni violentados; sencillamente hubo una alteración del orden público ..." (fls. 88 y 89).

Revisadas las probanzas allegadas al expediente, se observa que ninguna de ellas evidencia los hechos violentos que se afirma ocurrieron el día 11 de marzo de 1990 en el Corregimiento de Media Luna, cuando transcurrían las elecciones, porque lo que el demandante asegura es que el Ejército de Liberación Nacional ejerció violencia sobre los jurados de votación de las mesas que funcionaban en la plaza de esa localidad, obligándolos a buscar refugio.

En el Acuerdo No. 1 de 3 de mayo de 1990 se lee que hubo "... disparos con armas de corto y largo alcance contra la policía y la población en general, grupo que fue repelido por la fuerza pública y luego de una hora de tiroteo se retiró a la montaña (fl. 1).

El señor Jaime Camilo Murgas en memorial dirigido a la Comisión Escrutadora Municipal de San Diego, interponiendo recurso de reposición y en subsidio

de apelación contra providencia dictada por la misma Comisión, señaló que "... el día 11 de marzo de 1990, siendo las doce y cuarenta minutos se produjo un abaleo en cercanía de la concentración escolar donde se realizaba (sic) las votaciones para corporaciones públicas y Alcaldes Municipales entre la Policía Nacional y presuntos Guerrilleros del ELN, lo que dio origen a que los jurados de votación salieran corriendo a fin de proteger sus vidas, dejando abandonadas las mesas de votación". (fl. 466, cuaderno No. 2).

El señor Milcíades Cantillo en escrito visible a folios 472 a 474 del cuaderno No. 2, dirigido a la misma Corporación Escrutadora, al solicitar que se computen los votos del Corregimiento de Media Luna, narra que las elecciones fueron interrumpidas por una balacera entre la fuerza pública y supuestos miembros rebeldes, y agrega: "...pasada la refriega, los Jurados de Mesa, optaron por continuar en el cumplimiento de sus deberes jurídicos".

El señor Adalberto Ovalle Muñoz al presentar Reclamación ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral para el Departamento del Cesar contra el Acta de Escrutinio de Jurados de Votación de las Mesas 1 a 6 del Corregimiento de Media Luna, indicó que "... se presentó una situación especial de orden público consistente en una incursión guerrillera en la zona, lo que (sic) ocasionó que los jurados abandonaran los puestos de votación por más de una (1) hora". "B) Lo anterior hizo que llegadas las cuatro (4) horas de la tarde los jurados de votación sin hacer escrutinio y sin más miramientos suscribieran las actas respectivas...". (fl. 479, cuaderno No. 2).

El señor Felipe de Jesús Namén Rapalino mediante apoderado, quien presentó también reclamación ante los mismos Delegados, adujo que "...los seis (6) puestos de votación fueron abandonados por espacio de dos (2) horas por motivos de orden público...". (fl. 484, cuaderno No. 2).

Todas estas aseveraciones permiten concluír que el día 11 de marzo de 1990, cuando tenía lugar la contienda electoral en el Corregimiento de Media Luna hubo alteración del orden público, pero no llevan a la certidumbre de violencia en contra de los escrutadores de las mesas de votación allí ubicadas, como lo pretende el demandante.

Las prueba idónea, como sería el informe de la primera autoridad política-administrativa del Corregimiento, o el informe del Comandante de la Estación de Policía sobre lo ocurrido, permitiría verificar lo que allí aconteció y sacar conclusiones con fundamento en los hechos, en la hora, en el tiempo de duración de la perturbación del orden, en las consecuencias, en las medidas adoptadas, etc..., pero la carencia de este elemento de prueba esencial, impide tener la convicción sobre si hubo violencia contra los escrutadores.

Tampoco se comprobó violencia contra los jurados de votación con miras a que alteraran el resultado de los sufragios, porque las actas de escrutinio correspondientes a las mesas 1 a 6 del Corregimiento de Media Luna no fueron

allegadas y, en cambio, sí lo fue el Acta de Escrutinio General del Municipio de San Diego, en la cual se dice lo siguiente:

"MEDIA LUNA

Se deja constancia que se recibieron seis (6) mesas debidamente selladas y firmadas por los jurados que intervinieron, con sus respectivas Actas de Instalación y Escrutinio del Jurado de Votación y se procedió a revisarlas y hacerlas conocer por los asistentes, los cuales quedaron plenamente satisfechos por la legalidad en que éstas se encontraban". (fl. 496, cuaderno No. 2).

De manera que no puede accederse a las pretensiones del demandante con fundamento en la causal de nulidad del numeral 1° del artículo 223 del C.C.A., sencillamente porque el cargo no se probó.

De otra parte, conviene señalar que en el caso en estudio, la Comisión Escrutadora Municipal realizó el escrutinio porque conforme al artículo 163 del Código Electoral, modificado por el artículo 11 de la Ley 62 de 1988, éste debe hacerse por las Comisiones con base en las actas de los jurados de votación que aparezcan en las arcas triclaves, que fue efectivamente lo que ocurrió, como aparece demostrado en el Acta de Escrutinio General del Municipio de San Diego (fls. 495 a 512, cuaderno No. 2); y si debió la Comisión realizar el escrutinio en razón de los hechos violentos que se afirma ocurrieron en el momento de las elecciones, está justificado por el principio de la eficacia del voto que así fuere.

III. Sostiene el demandante que según el artículo 223 del C.C.A. las actas de escrutinio de los jurados de votación son nulos en los siguientes casos:

a) "Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación del artículo 192 del Código Electoral...", refiriéndose a la del numeral 3° del artículo 42 de la Ley 96 de 1985 que señala: "...Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmadas por menos de tres (3) de éstos."

b) "Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiera acta de escrutinio en la que conste el resultado de la votación".

c) "Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley".

d) "Cuando el acta se extienda y firme en sitios distintos del lugar o local donde deba funcionar la respectiva comisión escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente" (fls. 15 y 16).

Está de acuerdo la Sala con el *a-quo* cuando afirma que estos hechos no están consagrados expresamente como causales de nulidad en los procesos electorales ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme al artículo 223

del C.C.A. La norma en mención fue modificada por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y posteriormente por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, norma esta última vigente en la época de los hechos de la demanda. Por manera que las causales aducidas por el actor aunque estuvieran probadas son causales de Reclamación ante la vía gubernativa, pues corresponde en su orden a las consagradas en los numerales 3, 4, 1, y 8 del artículo 192 del Código Electoral; en consecuencia, no pueden ser objeto de análisis por esta Jurisdicción.

Lo anterior es suficiente para denegar las pretensiones del demandante con base en las normas invocadas.

Así las cosas, la Sala encuentra que no hubo violación del artículo 223, numeral 1°, del C.C.A., ni de ninguna de las otras disposiciones estimadas como infringidas por el actor, por lo cual habrá de confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Confírmase en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar el 7 de noviembre de 1990, que negó las peticiones de la demanda instaurada por el señor Emilio Abuabara Noriega.

2o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

COPIAS - Valor probatorio/ **CONGRESISTA** - Inhabilidades/ **SANCION PENAL**

Las copias de las sentencias arrimadas al proceso, por haber sido expedidas sin previa orden del juez, son inauténticas y no revisten valor demostrativo alguno; simplemente tienen la constancia secretarial de ser "fiel reproducción de sus originales que reposan dentro del proceso", sin referencia alguna a orden del titular del despacho, siendo simplemente copias informales de las que expide el secretario a petición verbal de cualquier persona. Tampoco tienen las constancias de notificación y ejecutoria de la sentencia de segunda instancia y, consiguientemente, no es dable saber si la condena impuesta entró en vigencia, ni a partir de cuándo, lo que resulta indispensable para saber hasta qué fecha se extendió el período de prueba impuesto al otorgar el beneficio de condena de ejecución condicional y determinar si la referida condena estaba o no vigente al tiempo de la elección del demandado.

CONGRESISTA - Inhabilidades/ **CONTRATO/ DECISION** - Perfeccionamiento

Bien distinto es el perfeccionamiento del contrato de cesión, que se produjo a la fecha de su firma, y otra la ejecución del contrato cedido, sometida a las condiciones que fijó la parte contratante al autorizar la cesión. No hay inhabilidad del demandado para ser miembro del Congreso (1990-1994), por cuanto su desvinculación del contrato que tenía celebrado como consorciado se produjo en septiembre 6/89, a la firma de la cesión de sus derechos y obligaciones en el contrato de obra pública. El contrato habría podido generar la inhabilidad constitucional, de subsistir la vinculación contractual en los seis meses anteriores a la elección y estar reglamentada por la ley esa norma constitucional. Mientras no se produzca norma legal que determine la clase de negocios a que es aplicable la prohibición del inciso primero del artículo 111 C.N., y la

prueba especial para demostrar el hecho, no produce efectos jurídicos el mandato constitucional examinado.

NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia/ **PARENTESCO**

Tíos y sobrinos están en tercer grado de consanguinidad, y los primos hermanos lo son en cuarto grado, vínculos de parentesco que no tiene en cuenta el art. 17, num. 6 de la L. 62/88 como causal de nulidad de los votos del canditado pariente de los escrutadores o de los jurados de votación, pues sólo la extiende al cónyuge y a los parientes en segundo grado de consanguinidad o afinidad o primero civil.

NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia/ **CLAVERO** - Filación política/ **GOBERNADOR/ FUNCION ELECTORAL**

La misma filiación política de los claveros electorales, no está previsto como causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados y de toda corporación electoral. El incumplimiento del Gobernador a su deber de nombrar alcalde *ad-hoc* de distinta filiación a la de los otros dos claveros, puede acarrearle responsabilidad disciplinaria o administrativa, pero en modo alguno generar invalidez del acta del escrutinio municipal que, por lo demás, ellos no realizan.

RECLAMACION ELECTORAL/ NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia/ **PLIEGO ELECTORAL** - Extemporaneidad

El recibo extemporáneo de los pliegos electorales, no es causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación a partir de la vigencia de la L. 62/88. Desde entonces es apenas causal de reclamación ante las autoridades administrativas electorales.

NULIDAD ELECTORAL - Prueba/ **REGISTRO FALSO** - Prueba

No hizo la parte actora la menor precisión en cuanto a las mesas en que pudieron sufragar las personas con cédulas ilegalmente inscritas, sino que generalizó aludiendo falsedad en los registros electorales de los municipios citados, por lo que el cargo se torna inane. No es bastante a contaminar de falsedad el acta de escrutinio de una mesa de votación el que aparezcan en el listado de sufragantes cédulas ilegalmente inscritas, pues se debe acreditar el sufragio con esos documentos. La sola inscripción ilegal es inocua frente al resultado de la votación consignado en el acta de escrutinio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Procesos electorales acumulados Nos. 0386, actor: Jorge Enrique Valencia Martínez; 0387, actora: Rubiela Bermúdez de Ramírez; y 0393, actor: Manuel E. Barcha Garcés, en los cuales se demanda la nulidad de la declaratoria de elección de Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción electoral del Chocó, para el período constitucional 1990-1994.

Los señores Jorge Enrique Valencia Martínez, Rubiela Bermúdez de Ramírez y Manuel Elías Barcha Garcés, mediante procesos separados, pretenden la anulación de la elección de Senadores y Representantes al Congreso Nacional por la circunscripción electoral del Chocó, contenida en el Acuerdo No. 3, mayo 24 de 1990, expedido por el Consejo Nacional Electoral.

Por auto fechado a octubre veintitrés (23) de 1990, dictado dentro del expediente No. 0386 (fls. 99 y 100), se dispuso la acumulación de los procesos mencionados en la referencia.

Y en diligencia de sorteo celebrada el primero (1o.) de noviembre siguiente, correspondió al suscrito ponente continuar la tramitación de los procesos acumulados, como así se dispuso en auto del seis (6) del mes últimanente citado.

Agotada la etapa previa al proferimiento del fallo, durante la cual se recibió el alegato de algunas de las partes y el concepto del señor Fiscal Octavo de la Corporación, no observando causal de nulidad y admitido el impedimento manifestado por uno de los consejeros integrantes de la Sección, con el consiguiente sorteo y posesión de conjuez, se procede a proferir sentencia de mérito y para ello se examinarán sucesivamente cada uno de los procesos, los alegatos de las partes y lo que repecto de cada pretensión conceptúa el señor agente del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES PREVIAS

Las acciones correspondientes fueron introducidas oportunamente ante esta jurisdicción, esto es, dentro del término de caducidad de veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el que fue notificado en estrados el Acuerdo N° 3 de mayo 24 de 1990, por el cual el Consejo Nacional Electoral resolvió las apelaciones interpuestas contra el escrutinio general de los votos emitidos el 11 de marzo del mismo año en el Departamento del Chocó declaró la elección de Senadores y Representantes para esa circunscripción y dispuso expedir las correspondientes credenciales.

Dicho acuerdo se notificó en estrados el 7 de junio de 1990 y las demandas fueron presentadas el 26 de junio (expediente 0386), el 27 de junio (expediente 0387) y el 9 de julio (expediente 0393), o sea, cuando aún no había concluido el

término para la caducidad de la acción, que se extendió hasta el 10 de julio siguiente.

Por lo demás, los procesos fueron promovidos por quienes tienen legitimidad en la causa, por ser pública la acción de nulidad electoral (Art. 227 de C.C.A.).

Examen de los procesos

Expediente No. 0387. Actora: Rubiela Bermúdez de Ramírez. Impugnador: Dr. Hernando Palacios Asprilla.

1. A. *De la demanda.*

a) Sus pretensiones.

En su libelo demandatorio la actora solicita que esta Corporación "...declare la nulidad de la Elección como Suplente al Senado, al Doctor HERNANDO PALACIOS ASPRILLA, de la lista que encabeza el Senador JORGE TADEO LOZANO OSORIO, como se declara legalmente elegido en el Acuerdo número 3° de mayo 24 de 1990, para el período constitucional de 1990 a 1994, con base a las elecciones efectuadas el 11 de marzo de 1990..." (fl. 33). Agrega que, consecuentemente, se anule la credencial que lo acredita como tal.

b) Los hechos que sirven de fundamento a la demanda cabe sintetizarlos, así:

En el acuerdo acusado el señor Hernando Palacios Asprilla fue declarado electo, en las elecciones del 11 de marzo de 1990, senador suplente por el Departamento del Chocó de la lista encabezada por el Dr. Jorge Tadeo Lozano Osorio, para el período constitucional 1990-1994. Pero el citado Palacios Asprilla estaba inhabilitado para esa elección, al tenor de la prohibición establecida en el segundo inciso del Art. 94 de la Constitución Política,por haber sido condenado a un (1) año de prisión mediante sentencia del H. Tribunal Superior de Quibdó calendada a 11 de marzo de 1987, confirmada por la H. Corte Suprema de Justicia con sentencia de 8 de septiembre del mismo año, responsabilizado del delito de Detención Arbitraria. Además, porque como en dichas sentencias se le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, no habiéndose surtido ante el Tribunal que lo condenó el trámite de la rehabilitación en los derechos políticos, al momento de la elección no era ciudadano en ejercicio.

c) Se fundamentan en derecho las pretensiones aduciendo la violación del Art. 94 de la Carta Fundamental, conceptuando que el elegido no reúne "las calidades Constitucionales o legales para ser electo..." por estar incurso en la prohibición del inciso segundo de dicha norma. Seguidamente se extiende la actora en consideraciones respecto de los cambios en la jurisprudencia de esta Corporación, transcribiendo apartes de fallo atinentes a cuestiones que nada tienen que ver con el asunto en examen, como es lo de la noción de falsedad y apocrifidad

de los registros electorales de la extemporaneidad en su introducción en el arca triclave. Y pide se modifique el criterio acerca de las consecuencias de la nulidad de la declaratoria de elección, cuando ella ocurre por inhabilidad o falta de requisitos del candidato, que no afecta la elección de los demás de la misma lista, pues que al invalidar la elección demandada se perjudicaría el Departamento del Chocó, que se quedaría con un senador principal sin suplente, pidiendo se llene la vacante con el segundo suplente de la lista que encabezó como principal el Dr. Lozano Osorio.

d) Pruebas. Al libelo demandatorio se acompañó copia autenticada del acuerdo acusado; copia fiel, pero no autenticada, de las sentencias penales aludidas; certificación del Secretario del Tribunal Superior de Quibdó, no obstante que esa es función del Juez, respecto a que no se ha tramitado la rehabilitación del Dr. Palacios Asprilla en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas; folleto explicativo del calendario electoral para el año 1990 y una papeleta de votación, con la lista para el Senado en que figura como primer suplente el demandado.

1. B. *Contestación de la demanda: Impugnación y Excepciones.*

Por conducto de apoderado el señor Hernando Palacios Asprilla se opone a las pretensiones de la demanda, pues aunque admite haber sido condenado a un (1) año de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, esa pena fue suspendida con la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de dos años, que al tiempo de la elección había transcurrido.

Propone, como excepción de fondo, la falta de la causal invocada en la demanda, y, por consecuencia, la carencia del derecho para la prosperidad del *petitum.*

Al respecto sostiene que habiendo sido suspendida la ejecución de la pena, la que le fuera impuesta nunca tuvo operancia ni vigencia, como que estuvo sometida a condición suspensiva que nunca se dió y, por ende, la condena aducida como factor de inelegibilidad "...no produce ni puede producir ningún efecto...".

Además, alega la operancia *ipso jure* de la rehabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, al tenor de lo previsto en el Art. 205 de la Ley 28 de 1979.

1. C. Del término de traslado para alegar no hicieron uso las partes.

1. D. En su concepto, el señor Fiscal colaborador afirma que el demandado Palacios Asprilla está inhabilitado para ser elegido Senador, por la condena que se le impuso a pena de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas, sin que para ello obste el otorgamiento de la suspensión condicional de aquella y estar vencido el período de prueba a que se lo sometió. Por ende, pide acceder a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De encontrar demostrados los hechos de la demanda, entre ellos el fundamento de la causal de inelegibilidad aducida, sería pertinente iniciar estas consideraciones con el examen de las excepciones de fondo formuladas por el apoderado del demandado. Porque ellas versan con la inexistencia de la causal invocada y "como consecuencia la carencia del derecho para que prospere la misma..." (fl. 55 fte), cuestiones ambas tendientes a desvirtuar el fundamento de la inhabilidad alegada y que, por ende, lógicamente habría que examinar sólo después de hallar demostrado el hecho constitutivo de la prohibición que se dice existe para que el Dr. Palacios Asprilla fuera declarado senador suplente.

2. Pero la prueba allegada con ese objeto, las copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el proceso seguido al Dr. Hernando Palacios Asprilla por el punible de detención arbitraria y en las que se lo condenó a un (1) año de prisión y a la accesoria de interdicción "...en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal..." (fl. 19), no obstante la constancia dejada al final de las mismas por el Secretario del Tribunal Superior de Quibdó, en el sentido de ser "...fiel reproducción de sus originales que reposan dentro del proceso..." (folios 19 vto. y 23 fte.), no revisten el carácter de copias autenticadas y, por ende, procesalmente carecen de valor probatorio.

En efecto, el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, que versa con las copias de actuaciones judiciales, dispone en sus numerales 5 y 7 lo que seguidamente se transcribe:

> "5. A petición verbal de cualquier persona, el secretario expedirá copias no autenticadas del expediente o de parte de éste, en trámite o archivado sin necesidad de auto que las autorice. Tales copias no tendrán valor probatorio de ninguna clase.
>
> 7. Las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del Secretario".

Esas dos disposiciones permiten deducir que las copias de las sentencias arrimadas al proceso, por haber sido expedidas sin previa orden del juez, para el caso el presidente del Tribunal o el presidente de la sala penal de la Corporación, son inauténticas y no revisten valor demostrativo alguno.

Además, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil en lo atañedero a régimen probatorio son aplicables a los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por expreso mandato del Art. 168 del C.C.A. Y de ese régimen el Art. 254 define el valor probatorio de las copias, que es igual al del original cuando hayan sido autorizadas por "...Secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada...".

Las que militan en autos simplemente tienen la constancia de que antes se habló, sin referencia alguna a orden del titular del despacho, siendo simplemente copias informales de las que expide el secretario a petición verbal de cualquier persona. Y aunque dichas copias fueron expedidas con anterioridad a la iniciación del proceso, en diciembre cinco (5) de 1989, para que presten mérito en el que se decide tenían que allegarse cumpliendo los reguisitos del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones que a ese estatuto introdujo el Decreto 2282 de 7 de octubre de 1989, habida cuenta que estas entraron en vigencia el 1o. de junio de 1990, es decir, también antes de ser presentada la demanda.

Asimismo, las aludidas copias adolecen de otro defecto fundamental. No tienen las constancias de notificación y ejecutoria de la sentencia de segunda instancia y, consiguientemente, no es dable saber si la condena impuesta entró en vigencia, ni a partir de cuándo. Esto último también resulta indispensable para determinar hasta qué fecha se extendió el período de prueba impuesto al otorgar el beneficio de la condena de ejecución condicional -fijada en el mínimo legal de dos (2) años- y saber si la referida condena estaba o no vigente al tiempo de la elección del demandado como senador suplente del Chocó para el período 1990-1994, puesto que la inhabilidad electoral resultante de la condena a pena de prisión, que ya no existe la de presidio en la legislación colombiana, no puede darse sino en tanto esté vigente la condena, como con acierto lo dilucidó la H. Corte Suprema en sentencia de control constitucional respecto de similar motivo de inelegibilidad (Art. 5°, Ley 78 de 1986) para la elección de Alcalde, criterio que esta Sala ha compartido y aplicado en numerosos fallos.

Resta agregar que la Sala no estimó procedente hacer uso de la facultad establecida en el Art. 169, inciso 2° del C.C.A., ordenando, por auto para mejor proveer, se practiquen las pruebas necesarias al esclarecimiento de los puntos dudosos u oscuros de la contienda, porque no se trataría, en el caso de autos, de esclarecer algún punto oscuro o dudoso, pues no obra prueba que deje duda o que sea insuficiente para esclarecer el hecho a demostrar. No obrando prueba alguna del hecho inhabilitante, el auto para mejor proveer se encaminaría a allegar la prueba que la parte actora no aportó, lo que sería contrario a la igualdad de las partes en el proceso.

No existiendo prueba del hecho aducido como fundamento de la causal de inelegibilidad del demandado, ello basta para que no prosperen las pretensiones de la demanda.

2o. Expediente No. 0386. Actor: Jorge Enrique Valencia Martínez.Impugnador: Ismael Aldana Vivas.

2. A. *La demanda.*

a) Sus pretensiones.

En el libelo presentado el 26 de junio de 1990, el actor pide a esta Corporación decida la nulidad del Acuerdo 3 del 24 de mayo del mismo año, proferido por el Consejo Nacional Electoral, "...pero únicamente en cuanto declaró la elección del doctor ISMAEL ALDANA VIVAS como miembro principal de la H. Cámara de Representantes por la circunscripción electoral del Chocó...". Además, "...se anule la respectiva credencial y se le expida a quienes corresponda conforme a la Ley..." (fl. 11 fte).

b) Hechos de la demanda:

El actor precisa que por el acuerdo acusado se declaró elegido representante principal a la Cámara al Dr. Ismael Aldana Vivas, quien estaba inhabilitado para ello porque dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, ocurrida el 11 de marzo de 1990, tenía contrato legalmente vigente con el FONDO VIAL NACIONAL.

Al respecto agrega que el demandado había suscrito el contrato No. 0857 de 1988 con el citado Fondo, en representación del consorcio conformado por la firma "Castro Ramírez Ingenieros Contratistas Ltda." y el mismo Ismael Aldana Vivas, encontrándose para el 13 de septiembre de 1990 vigente esa relación contractual del demandado con el Fondo Vial Nacional, en su calidad de consorciado.

c) Normas violadas y concepto de la violación:

Se aduce como tal el artículo 111 de la Constitución Política, en cuanto prohibe elegir miembros del Congreso a los ciudadanos que a tiempo de la elección, o dentro de los seis meses anteriores a ella, estén interviniendo o hayan intervenido en la gestión de negocios con el Gobierno.

Observa que en el caso en cuestión el Dr. Aldana Vivas directamente se consorció como persona natural con otra compañía, para celebrar contrato de Obras Públicas con el Gobierno a través del Fondo en mención y que, pese a intentó desvincularse de esa relación contractual antes de quedar inhabilitado, sólo pudo lograrlo dentro de los seis meses anteriores a la elección, lo que hizo inelegible al Congreso de la República para el período 1990-1994.

Dentro del término que el magistrado ponente dió para acreditar la fecha de notificación del acuerdo acusado, el actor acompañó copia del Acuerdo No. 8 de 1990, proferido por el Consejo Nacional Electoral modificando el Acuerdo No. 3 de 24 de mayo de 1990, y certificación del Registrador Nacional del Estado Civil, según la cual el citado acuerdo No. 3 fue notificado el 7 de junio 1990, en tanto el No. 8 lo fue el 21 del mismo mes. Igualmente, otro libelo demandatorio, que sólo se distingue del anterior en cuanto hace referencia Acuerdo No. 8 de junio 13 de 1990 y a la fecha de su notificación en estrados (hecho 6°). En el *petitum* agrega, como tercera pretensión, "...Que se expidan las comunicaciones de Ley..." (fl. 20 fte).

La demanda fue admitida por auto de 18 de julio de 1990.

2.B. *Contestación de la demanda y proposición de excepciones.*

Por conducto de apoderado el Dr. Ismael Aldana Vivas contestó la demanda, oponiéndose a las declaraciones impetradas porque:

I. La demanda no reúne los requisitos formales, pues

a) No designa claramente cada una de las partes y, en especial la demandada;

b) No se acompañó de la constancia de notificación del acuerdo acusado, el No. 3 de 1990;

c) La nueva demanda fue presentada el 16 de julio de 1990, cuando había caducado la acción.

II. El Ingeniero Ismael Aldana Vivas, en su condición de consorciado, hizo, con fecha cinco (5) de agosto de 1989, cesión legal a la Ingeniera NANCY SANCHEZ MENA de su parte de los derechos y obligaciones derivadas del contrato No. 857 de 1988, cesión aprobada mediante contrato 0488, celebrado el 6 de septiembre de 1989 por Ismael Aldana Vivas como cedente y Nancy Sánchez Mena como cesionaria, de una parte, y el Fondo Vial Nacional, por la otra, todo con arreglo a la Resolución No. 12409 de 1986 expedida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Y

III. Porque la declaratoria de elección del Dr. Ismael Aldana Vivas como representante a la Cámara para el período 1990-1994, no viola el Art. 111 de la Constitución Nacional, manteniendo el acto acusado su presunción de legalidad.

A título de excepciones propuso la de inepta demanda, por falta de los requisitos formales ya enunciados; también la innominada "...derivada de hechos y las pruebas del proceso y de los textos legales..." (fl. 40 fte).

2. C. El conductor del proceso y la sala de decisión que conoció del recurso ordinario de súplica contra el auto que denegó la práctica de alguna prueba decretaron las solicitadas por las partes.

2. D. Alegatos de las partes:

Vencido el término probatorio se dió traslado a las partes para alegar de conclusión. Ambas lo utilizaron por conducto de apoderado, pues también el actor constituyó mandatario judicial mientras se producía el recaudo de medios de convicción ordenados.

El apoderado del demandado reitera sus planteamientos de la contestación de la demanda en defensa de la legalidad de la elección acusada, insistiendo en la caducidad de la acción y en la inexistencia de la inhabilidad alegada por parte

actora, habida cuenta la cesión que el Dr. Aldana Vivas hizo, antes del 11 de septiembre de 1989, de su parte o cuota como consorciado en el contrato celebrado con el Fondo Vial Nacional.

También aduce que el Fondo Vial Nacional, como entidad descentralizada del orden nacional en la especie establecimientos públicos, no constituye Gobierno conforme a la noción del Art. 57 de la Carta Política, de donde infiere que el Dr. Aldana Vivas no contrató propiamente con el Gobierno en el evento que se aduce como condición de inelegibilidad.

Finalmente, apoyándose en reciente sentencia de la Sala, afirma que la prohibición estatuida en el artículo 111 de la Carta Política sólo será aplicable "...a partir de la vigencia de la ley mediante la cual el Congreso de la República indique cuáles son los negocios y contratos a que se refiere aquella disposición estableciendo asi mismo la prueba especial para demostrar el hecho..." (fl. 107).

El apoderado del actor, por su parte, afirma que la cesión que hizo el doctor Aldana Vivas de sus derechos y obligaciones en el contrato principal de obra pública, celebrado por el consorcio de que hacía parte con el Fondo Vial Nacional, apenas se perfeccionó el 4 de octubre de 1989, cuando se aprobó la póliza a que hace referencia la Cláusula Quinta de ese contrato de cesión, de donde se concluye en la inhabilidad de aquel para ser elegido miembro del Congreso. Se extiende en amplias consideraciones acerca del perfeccionamiento de los contratos administrativos, y termina rechazando la excepción de inepta demanda aducida por el demandado.

2. E. En su concepto, el señor Fiscal octavo estima infundada la alegada caducidad de la acción, así como las informalidades sobre las que se apoya la excepción de inepta demanda. Y considerando que la cesión que hizo el Dr. Aldana Vivas de su interés en el contrato de obra pública, celebrado por el consorcio de que hacía parte con el Fondo Vial Nacional, se perfeccionó antes del 11 de septiembre de 1989, concluye que aquel no estaba inhabilitado para ser elegido representante a la Cámara en las elecciones del 11 de marzo de 1990.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Sea lo primero aludir a la ausencia de requisitos formales de la demanda, que el apoderado del demandado alega para acusarla de inepta.

Al respecto cabe decir que la demanda, no siendo ponderable como modelo de la más depurada técnica jurídica procesal, lo que resulta admisible en atención al carácter de pública de la acción, si es bastante a satisfacer los requisitos del Art. 137, numeral 1) del C.C.A. En efecto, allí se lee que la acción se encamina a obtener la nulidad del acto declaratorio de "...la elección del Dr.Ismael Aldana Vivas como miembro principal de la Honorable Cámara Representantes, por la

circunscripción electoral del Chocó..." (fl. 20 fte). Más aún: en el aparte de las notificaciones se consigna la dirección de aquél en esta ciudad.

Ello constituye inequívoca designación del demandado, como bien lo entendieron el Dr. Aldana Vivas y su mandatario judicial al contestar la demanda (fl. 38). La designación del actor es igualmente expresa desde la referencia del libelo, careciendo de fundamento la objeción comentada.

A similar conclusión se llega en cuanto a la alegada ausencia de prueba de la notificación del Acuerdo No. 3 de 1990. Precisamente, como el ponente echó de menos esa comprobación otorgó término de cinco (5) días para allegarla, lo que hizo oportunamente el actor según se vé del documento visible a folio 16 frente.

Tampoco asiste razón al impugnante cuando pretende deducir la caducidad de la acción con base en la corrección de la demanda, presentada el 16 de julio 1990. La demanda, como atrás se vió, se presentó al despacho el 26 de junio de ese año, o sea, en oportunidad, habida cuenta que el témino para la caducidad de la acción se extendió hasta julio 10 siguiente.

Dicha demanda no fue inadmitida, como lo asevera el excepcionante, pues en atención a vicios de forma el ponente concedió término para su corrección. Dentro del mismo se presentó la corrección del libelo demandatorio. Ahora bien: siendo que al tenor del Art. 230 del C.C.A., modificado por el Art. 66 la Ley 96 de 1985, la demanda puede ser corregida hasta antes de que quede en firme el auto que la admita, sin duda el libelo presentado el 16 de julio tiene ese carácter y no el de otra demanda, máxime porque, como antes se anotó, ningún cambio sustancial se contiene en su texto respecto al del libelo del 26 de junio.

No prospera, por consiguiente, la excepción de inepta demanda aducida por el impugnante.

II. Entrando en el examen de las pretensiones se tiene que solicitud de nulidad del Acuerdo No. 3, de 24 de mayo de 1990, proferido por el Consejo Nacional Electoral para declarar la elección de senadores y representantes por la circunscripción electoral del Chocó para el período constitucional 1990-1994, pero circunscrita a la declaración de elección Dr. Ismael Aldana Vivas como representante a la Cámara, se apoya en prohibición establecida en el Art. 111 de la Constitución Política.

Se afirma, en efecto, que dicho demandado estuvo vinculado con administración nacional por contrato de obra pública dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección y que, por consiguiente, estaba inhabilitado para ser elegido miembro del Congreso de la República.

Al respecto, la prueba obrante en autos acredita:

1. El Fondo Vial Nacional, representado por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, celebró el contrato No. 0857, de 30 de diciembre de 1988, con el consorcio formado por la firma "Castro Ramírez Ingenieros Contratistas Ltda" y el Sr. Ismael Aldana Vivas, "para la construcción de los estribos del puente sobre el río Opogodó en la carretera Condoto-San Lorenzo de la vía Istmina-Nóvita, contrato de obra pública por precios unitarios, siendo el total de la inversión cuarenta y un millones ochocientos veintiún mil ochocientos cincuenta y ocho pesos con noventa y cuatro centavos ($41.821.858.94)M/Cte. Dicho contrato, con plazo de cumplimiento de tres meses contados a partir de la fecha en que quedara perfeccionado, debió ejecutarse a partir del 20 de septiembre de 1989 por suspensión del plazo inicial, según reza el acta del contrato de cesión visible a folio 60 fte.

2. Con fecha 5 de agosto de 1989 el Dr. Ismael Aldana Vivas, con el asentimiento del otro consorciado "Castro Ramírez Ingenieros Contratistas Ltda.", solicita de la ministra de Obras Públicas y Transporte autorización para ceder su parte en el consorcio contratista a que se alude en el numeral anterior, en favor de la Dra. Nancy Sánchez Mena . Esa solicitud fue recibida en Minobras el 11 de agosto de 1989.

3. La citada Nancy Sánchez Mena informa al Fondo Vial Nacional, en comunicación de fecha 22 de agosto de 1989, que acepta la cesión que le hace el Dr. Ismael Aldana Vivas de su parte en el consorcio conformado para el contrato 0857 de 1988.

4. El Dr. Olegario Castro Castillo, con fecha agosto 11 de 1989, hace llegar a Minobras el Acta de constitución del consorcio formado por la Dra. Nancy Sánchez Mena y la firma Castro Ramírez Ingenieros Contratistas Ltda, del que la primera forma parte en virtud de la aceptación de la cesión que el Dr. Ismael Aldena Vivas le hizo de sus derechos y obligaciones en el consorcio para la ejecución del contrato No. 0857 de 1988, celebrado con el Fondo Vial Nacional. En dicha acta consta que la Dra. Sánchez Mena representará legalmente el consorcio constituido el 5 de agosto de 1989. (fls.33 y 34 fte).

5. Por contrato de cesión No. 488, de 6 de septiembre de 1989, que celebraron Ismael Aldana Vivas y Nancy Sánchez Mena de una parte, y de la otra el Fondo Vial Nacional, el Dr. Aldana cede a la Dra. Sánchez Mena, con autorización del citado Fondo, "...su parte de los derechos y obligaciones derivados del contrato 857 de 1988...", aceptando la cesión la cesionaria y declarando subrogarse en todos los derechos y obligaciones del cedente ante el Fondo Vial Nacional. En dicho contrato de cesión estipularon, entre otras, las siguientes cláusulas:

> "Cláusula Tercera: Garantías: La cesionaria solicitará y obtendrá la modificación de las garantías de que trata la Resolución No. 12409 de 1986 en tal forma que amparen la presente cesión.

"Cláusula Cuarta: Autorización. El presente contrato de cesión lo suscribe la doctora Luz Priscila Ceballos Ordóñez, con cédula ciudadanía No. 25.265.142 expedida en Popayán, Ministra de Obras Públicas y Transporte, obrando en nombre y representación del Fondo Vial Nacional, quien de esa manera autoriza la cesión del mismo.

"Cláusula Quinta: Perfeccionamiento. El presente contrato se entiende perfeccionado a partir de la fecha de su suscripción. No obstante lo anterior, para ejecutar el contrato cedido deberá haberse producido la aprobación de las modificaciones a las garantías de que trata la Cláusula Tercera de este contrato así como la cancelación de los derechos de publicación en el Diario Oficial, por cuenta de la Cesionaria..." (fls. 60 y 61 fte.).

6. Del folio 69 al 84 obra copia autenticada de la Resolución No. 12409 de 30 de diciembre de 1986, "...por la cual se establecen las cláusulas generales del contrato de obra pública a precios unitarios...".

7. Al folio 87 fte. obra copia autenticada, que expidió la Compañía Mundial de Seguros S.A., de certificado y factura de modificación de cumplimiento oficial "Por: cesión del contrato", que acredite la modificación de afianzado, de acuerdo a contrato de cesión No. 488 del 6 de septiembre 1989 del contrato principal número 0857 de 1988.

Según constancia de dicho documento, esa póliza de cumplimiento fue aprobada por el Director de Licitaciones y Contratos el 4 de octubre de 1989, pues así se verificó en diligencia de inspección judicial practicada el 20 de septiembre de 1990 (fls. 89 y 90).

8. Y al folio 88 fte. obra copia del recibo de pago de la publicación del contrato de cesión en el Diario Oficial, con fecha septiembre 21 de 1989.

9. El Dr. Ismael Aldana Vivas fue declarado electo representante principal a la Cámara por la Circunscripción del Chocó para el perodo 1990-1994, como cabeza de la lista inscrita a nombre de la "Coalición partido conservador - Unión Patriótica", según se ve a folio 9 de la copia autenticada del Acuerdo No. 3 de 24 de mayo de 1990, del Consejo Nacional Electoral.

Así entonces, lo que en principio cabe dilucidar, aunque para los efectos de este fallo carece de toda incidencia, es si el demandado estaba vinculado al contrato de obra en mención dentro de los seis meses anteriores a la elección popular del 11 de marzo de 1990 o, en otras palabras, si dentro de ese término estaba afecto a las obligaciones y derechos emanados del contrato que como consorciado celebró con el Fondo Vial Nacional.

Ese contrato, el No. 0857 de 1988, quedó perfeccionado, como ya se dijo, el 21 de marzo de 1989, pero el plazo para su ejecución se suspendió en noventa (90) días calendario contados a partir del 20 de junio de 1989, lo que equivale

decir que los tres meses acordados para su ejecución comenzarían a contarse a partir del 20 de septiembre siguiente.

Pero con la anuencia del otro consorciado, la firma "Castro Ramírez Contratistas Ltda.", y la autorización del contratante, Fondo Vial Nacional representado por la Sra. Ministra de Obras Públicas y Transporte, el Dr. Ismael Aldana Vivas cedió sus derechos y obligaciones derivados del contrato de obra pública en mención a la Dra. Nancy Sánchez Mena, en contrato de cesión celebrado el 6 de septiembre de 1989 que, según la Cláusula Quinta, perfeccionó en esa misma fecha.

La parte actora, en su alegato de conclusión, sostiene que ese contrato cesión apenas se perfeccionó el 4 de octubre de 1989, fecha de aprobación de póliza a que hace referencia la cláusula quinta del mismo contrato de cesión. Al respecto argumenta:

"Pero analizemos (sic) un poco dicha cláusula:

Si bien es cierto que establece que el contrato se perfecciona con la firma, se contradice cuando ordena que no se podrá ejecutar sino una vez se aprueben las modificaciones a las garantías de que trata la Cláusula Tercera de dicho contrato, así como la cancelación de los derechos de publicación.

"La contradicción se dá, por cuanto el contrato se puede ejecutar una vez perfeccionado y si éste ya lo está, no se entiende como condiciona la ejecución al cumplimiento de otras obligaciones del contratista cesionario, en este caso.

"Sin embargo no hay que ser experto en las normas que regulan los Contratos Administrativos, para saber que ningún contrato se entiende perfeccionado sin la ejecutoria de la Providencia del Consejo de Estado que los declare ajustados a la Ley; si no requieren revisión del Consejo de Estado, con la aprobación de las fianzas de que trata el inciso primero del artículo 48 y sí no requieren constitución de fianzas, con el correspondiente registro presupuestal, si hay lugar a él, o una vez suscritos" (fl. 122 fte).

Y más adelante agrega:

"El contrato de cesión que nos ocupa, está VINCULADO AL CONTRATO PRINCIPAL, QUE ES UN CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS, el cual requiere para su perfeccionamiento, no la simple voluntad de las partes expresada en la firma del contrato, sino la aprobación de la póliza que garantiza el cumplimiento de las obligaciones del contrato. En este orden de ideas, el contrato de cesión No. 488 debe para su perfeccionamiento esperar la aprobación de la respectiva póliza. La cláusula contractual que disponga lo contrario, es ineficaz, pues contraria una norma de orden superior y de obligatorio cumplimiento como son las normas contenidas en el

Decreto 222 de 1983, aplicable a este contrato, por mandamiento legal (decreto citado) y por estar así determinado en el contrato principal.

"Y es que no puede ser de otra manera, pues como bien manifiesta el Consejo de Estado en la Consulta antes citada, lo que se busca asegurar el principio de legalidad y defender el patrimonio público. Para defender ese patrimonio se ordenan las garantías, las cuales deben constituir los contratistas, y como quiera que el consorcio no forma ni constituye persona jurídica alguna, las pólizas deben ser constituidas por las personas naturales y jurídicas que lo conforman. Sí se aceptara que en la cesión del contrato de obras públicas, se obviara la aprobación prévia (sic) de la póliza de cumplimiento de las obligaciones contractuales, para el perfeccionamiento tendríamos un dermejoramiento patrimonial del Estado, pues ello querría decir que el Cedente (en este caso ISMAEL ALDANA VIVAS) a la sola firma del contrato de cesión, cesa en sus obligaciones y responsabilidades frente al Estado, y por ello cesan las garantías por él constituidas; pero como la cesión ya estaría perfeccionada antes de la aprobación de las garantías del cesionario (La Dra. Nancy Sánchez Mena), solo bastaría que la cesionaria se abstuviera de tomar las pólizas para que el Estado hubiese perdido una o unas de las garantías (sic) en forma gratuita (fls. 123 y 124 fte. del expediente 0386).

Pero no le asiste razón al señor apoderado de la parte actora en argumentaciones transcritas. Es innegable, pero sólo referido a los contratos administrativos, que estos se entienden perfeccionados con el cumplimiento de los requisitos estatuidos en el Art. 51 del Decreto 222 de 1983. El contrato de cesión entre particulares, por no ser contrato administrativo sino de derecho privado, cuando versa con derechos y obligaciones originadas en contrato administrativo solamente requiere del cumplimiento de la previsión contenida en el Art. 6° del decreto en mención, o sea, de la autorización previa de la entidad contratante, y que la cesión no se realice entre quienes integran el consorcio cuando el contratista está conformado por varias personas. En el caso de autos el contrato de obra pública, por ser administrativo, tuvo que someterse a las etapas de formalización previstas en la ley, culminadas al momento de la aprobación de las fianzas o garantías otorgadas por el consorcio contratista.

De las obligaciones por esta parte contraidas responden los consorciados en forma solidaria (Art. 5° del Decreto 222 de 1983), responsabilidad bastante a desestimar el argumento del actor antes transcrito, cuando afirma que de admitir el perfeccionamiento del contrato de cesión a su firma, tal como se pactó en el que es objeto de análisis, habría desmejoramiento patrimonial del Estado al cesar, a la suscripción del contrato de cesión, las obligaciones del consorciado cedente. Ello no alcanza a tener la consecuencia anotada, la del desmejoramiento patrimonial del Estado, por cuanto el otro consorciado responde solidariamente por todas las obligaciones que el consorcio asumió con el contrato principal, fuera de que al otorgar la autorización para efectuar la cesión el representante de la administración impuso al cesionario compromisos como los de la cláusula tercera

antes transcrita, a los que se obligó la cesionaria al suscribir ese contrato y que debía cumplir so pena de asumir consecuencias previstas en el Art. 68 del mencionado decreto y demás disposiciones concordantes.

Tampoco hay la contradicción que anota la parte actora respecto de cláusulas del contrato de cesión, pues bien distinto es el perfeccionamiento de ese contrato, que se produjo a la fecha de su firma, y otra la ejecución del contrato cedido, sometida a las condiciones que fijó la parte contratante al autorizar la cesión.

En el contrato administrativo es bien clara esa diferencia, que no contradicción, por cuanto la ley consagra requisitos posteriores a su perfeccionamiento en los artículos 52 y 53 del Decreto 222 de 1983, como son los de la publicidad del mismo y el pago de los impuestos de timbre, sin cuyo cumplimiento no puede ejecutarse.

Se concluye, así, en la inexistencia de la inhabilidad del demandado para ser elegido miembro del Congreso para el período constitucional 1990-1994, por cuanto su desvinculación del contrato que tenía celebrado cono consorciado con el Fondo Vial Nacional se produjo el 6 de septiembre de 1989, a la firma de la cesión de sus derechos y obligaciones en el contrato de obra pública No. 857 de 1988.

Es pertinente anotar que el ameritado contrato habría podido generar la inhabilidad prevista en el Art. 111 de la Carta Política, de subsistir la vinculación contractual en los seis meses anteriores a la elección y estar reglamentada por la ley esa norma constitucional. Como lo expresó esta Corporación en fallo proferido el 23 de febrero de 1987, (Exp. No. E-011, actor Manuel Elías Barcha Garcés), en el que fue demandado quien también lo es en este proceso y por similar causal de inelegibilidad, "...cuando esa norma constitucional -el Art. 111, agrega la Sala-, menciona al "gobierno" no se refiere al presidente y al ministerio respectivo, sino a la administración pública entera, por las razones que la Sala ya expresó en fecha 27 de novienbre de 1986, en la sentencia proferida en el expediente No. E-071, en que fue actor el señor Samuel Antonio Otálora y demandado el abogado Alberto Gómez Mejía "..." (Consejero Ponente Dr. Miguel Betancurt Rey).

Sólo que la Sala no comparte el criterio que en ese fallo llevó a invalidar la declaración de la elección acusada, por falta de ley reglamentaria de esa norma. A diferencia de lo que allí se sostuvo, la Sala reitera el criterio recientemente consignado en su fallo de 23 de octubre de 1990 (Exp. 0357. Actor: Luz Marina Culma Yara. Consejero Ponente Dr. José Joaquín Camacho Pardo), en el sentido de que mientras no se produzca norma legal que determine la clase de negocios a que es aplicable la prohibición del inciso primero, y la prueba especial para demostrar el hecho, no produce efectos jurídicos el mandato constitucional examinado.

Entonces, porque se probó la desvinculación contractual del demandado con la administración, producida con anterioridad a los seis meses que precedieron al día de la elección ocurrida el 11 de marzo de 1990 y también, porque la

pretensión de nulidad del acto declaratorio de la elección del demandado carece de fundamento jurídico, no prosperan las súplicas de la demanda.

3o.) Expediente No. 0393. Actor: Manuel Elías Barcha Garcés.

3. A. *La demanda y su tramitación.*

a) Las pretensiones. Por conducto de apoderado, el Dr. Manuel E. Barcha Garcés demanda la nulidad del Acuerdo No. 3 de 1990 (mayo 24), proferido por el Consejo Nacional Electoral, pero sólo en cuanto declaró la elección y ordenó expedir las correspondientes credenciales de los senadores de la República por la circunscripción del Chocó, para el período constitucional 1990-1994. Consecuentemente pide anular dichas credenciales y que se expidan en favor de quienes corresponda, si ello fuere procedente una vez rectificado el escrutinio de las elecciones del 11 de marzo de 1990.

Admitida la damanda por auto fechado a julio 11 de 1990, en oportunidad legal el apoderado de la parte actora la corrigió y adicionó con solicitud, "Para los efectos de la pretensión anterior...", de declaración de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación (Formularios E-17) de mesas de corregimientos de los municipios de Quibdó e Istmina, así como la adición con escrutinio general de los resultados de la mesa de votación No. 10 de la cabecera Municipal de Tadó.

Por auto de julio 19 del mismo año se admitió la corrección de la demanda, y se ordenó notificar ese proveido cumpliendo nuevamente las previsiones legales tomadas en cuenta al acoger el libelo inicial.

b) Como fundamento de hecho de sus pretensiones aduce el actor los que seguidamente se sintetizan:

I. Que surtido el proceso electoral del 11 de marzo, así como subsiguiente de los escrutinios, el Consejo Nacional Electoral declaró elección de senadores por la circunscripción electoral del Chocó para período 1990-1994, mediante acuerdo No. 3 de mayo 24 de 1990, notificado en estrados el 7 de junio siguiente.

II. Entre las muchas irregularidades que dice tuvieron ocurrencia en el proceso electoral del 11 de marzo en el Dpto. del Chocó, cuenta la de haber actuado como jurados de votación de las mesas 1 y 4 del corregimiento Certeguí, municipio de Tadó, parientes cercanos dentro del cuarto grado consanguinidad del Dr. Daniel Palacios Martínez, candidato a senador de la República.

III. En Quibdó actuaron, como miembros de la comisión escrutadora municipal, un primo hermano del candidato Palacios Martínez, el Sr. Arturo Ortiz Palacios, y la señora Luz Colombia Murillo, también prima hermana del Dr.

Antonio Copete Murillo, candidato suplente a la Cámara de la lista encabezada por el Dr. Osías Lozano.

IV. Asímismo, en Quibdó intervinieron como claveros tres personas filiación política liberal, los señores Félix Arenas Conto, Antonio Hinestroza Palacios y Felisa de Mayolo, en su condición de Alcalde, Juez Civil Municipal y Registrador Municipal del Estado Civil, respectivamente.

V. En Tadó la comisión escrutadora municipal excluyó del escrutinio, como también lo hicieron los Delegados del Consejo Nacional Electoral, los resultados de la mesa No. 10 de la cabecera, no obstante encontrarse suscrita por todos los miembros del jurado.

VI. En Istmina, en cambio, fueron computados los resultados de mesas de votación cuyos pliegos de escrutinio fueron introducidos extemporáneamente al arca triclave. Tal el caso de los correspondientes a los corregimientos de Boca Raspadura, Dipurdú, Puerto Pervel y Bebedó.

VII. También se computaron los resultados de las mesas de votación de los corregimientos de Bete, Boca de Amé, Buey, Cabí, Campo Santo, Campo Bonito, El Arenal, El Fuerte, El Tambo, Jitrado, Guayabal, San José de Purré, San Roque, Tanguí y Villa Conto, todos del municipio de Quibdó, no obstante la introducción extemporánea de los pliegos de escrutinio de las respectivas mesas al arca triclave, lo que se reclamó y fue desestimado por el Consejo Nacional Electoral.

c) Como normas violadas indica la contenida en el Art. 17, numeral 6, de la Ley 62 de 1988, y el 151 del Decreto 2241 de 1986, por el parentesco que adujo existente entre jurados y escrutadores municipales con un candidato al senado que resultó electo; el 149 del Decreto 2241 de 1986, por la igual filiación política de los claveros que actuaron en Quibdó; el Art. 15 de la Ley 62 de 1988, que modificó la causal 7a. del Art. 192 del Código Electoral, atinente a la causal de reclamación ante las autoridades administrativas electorales, por el recibo extemporáneo de los pliegos electorales para su introducción al arca triclave. Finalmente, la causal de nulidad de las actas y registros electorales estatuida en el Art. 223, numeral 2 del C.C.A., afirmando que por haberse dado la ocurrencia de urnas "viajeras", cuyos pliegos fueron llevados por varios Departamentos antes de ser entregados para su introducción al arca triclave, se produjeron alteraciones en los resultados.

Y sin que se lo hubiera aducido en los hechos de la demanda, de modo general, sin duda inaceptable como cargo, afirma que la falsedad alegada también se produjo porque sufragaron personas que no tenían derecho a hacerlo por falta de inscripción de sus cédulas o por inscripción fraudulenta o que votaron dos o más veces, vicios que afectaron el proceso electoral en Quibdó, Istmina y Tadó.

3. B. No hubo contestación de la demanda.

3. C. Vencido el período probatorio, en el que se practicaron algunos de los medios de convicción ordenados allegar, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

De ese término hizo uso el actor, quien previamente designó nuevo apoderado. En el correspondiente escrito la mandataria judicial afirma estar demostrados los hechos de la demanda, por lo que se debe acceder a las pretensiones habida cuenta la innegable violación de las normas legales invocadas.

3. D. El señor Fiscal octavo colaborador en su concepto de fondo, (fls. 134 a 136 del C. No. 1 del Exp. 0386), expresa que sólo debe prosperar la declaración de nulidad demandada en cuanto a la extemporaneidad en el recibo por los claveros de los pliegos electorales correspondientes a algunas mesas de votación de Quibdó e Istmina, y por la votación fraudulenta de personas ilegalmente inscritas en esos dos municipios y en Tadó.

CONSIDERACIONES:

Cinco son los cargos que propone el actor, enderezados a obtener la nulidad del acto declaratorio de la elección de Senadores por la circunscripción del Chocó para el período 1990-1994, así:

1o. Haber sido jurados de votación en las mesas 1 y 4 del Corregimiento Certeguí, municipio de Tadó, parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad (sobrinos) del Dr. Palacios Martínez, candidato principal al Senado de la República.

2o. Haber integrado la comisión escrutadora municipal de Quibdó un primo hermano del candidato Daniel Palacios Martínez, y una prima hermana del candidato suplente a la Cámara Dr. Antonio Copete Murillo.

3o. Ser los claveros de Quibdó, para las elecciones del 11 de marzo de 1990, personas de idéntica filiación política y vinculadas al movimiento Adelco, que respaldó le candidatura del Dr. Palacios Martínez para el Senado de la República.

4o. Haber tenido en cuenta, en los escrutinios municipales de Quibdó e Istmina, registros electorales recibidos extemporáneamente para su introducción en el arca triclave. Por el contrario, en Tadó se excluyeron del escrutinio los registros de la mesa No. 10, pese a estar debidamente firmados por todos los integrantes del jurado.

5o. La falsedad o apocrifidad de registros electoral correspondientes a mesas de votación de Quibdó, Istmina y Tadó, porque se los adulteró en el "largo y misterioso recorrido" a que se los sometió, y por haber sufragado en las corres-

pondientes mesas personas ilegalmente inscritas, no inscritas o que votaron dos o más veces.

Sobre los cargos 1 y 2 basta decir que no obra en autos prueba alguna del parentesco que se afirma existente de quienes fueron jurados de votación en las mesas 1 y 4 de Certeguí, municipio de Tadó, y de uno de los miembros de la comisión escrutadora de Quibdó con el Dr. Daniel Palacios Martínez. Ningún valor tienen a ese efecto las declaraciones extraproceso arrimadas con la demanda, pues las pruebas idóneas para acreditar los hechos y actos relacionados con el estado civil, entre ellos el parentesco, son las copias de las partidas o los certificados del registro civil (Artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970). Además, tíos y sobrinos están en tercer grado de consanguinidad, y los primos hermanos lo son en cuarto grado, vínculos de parentesco que no tiene en cuenta el Art. 17, numeral 6 de la Ley 62 de 1988, como causal de nulidad de los votos del candidato pariente de los escrutadores o de los jurados de votación, pues sólo la extiende al cónyuge y a los parientes en segundo grado de consanguinidad o afinidad o primero civil.

Por tanto, no prosperan los dos cargos aludidos.

3o. El hecho alegado como fundamento del cargo tercero, la misma filiación política de los claveros electorales, no está previsto como causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados y de toda corporación electoral. Los artículos 148 y 149 del Código Electoral determina quienes deben ejercer esa función y que se debe hacer, por el Gobernador del Departamento, cuando los claveros municipales sean de la misma filiación política. El incumplimiento de dicho funcionario a su deber de nombrar alcalde *ad-hoc* de distinta filiación a la de los otros dos claveros, puede acarrearle responsabilidad disciplinaria o administrativa, pero en modo alguno generar la invalidez del acta del escrutinio municipal que, por lo demás, ellos no realizan.

No prospera el cargo en cuestión.

4o. El recibo extemporáneo de los pliegos electorales, no es causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación a partir de la vigencia de la Ley 62 de 1988. Desde entonces es apenas causal de reclamación ante las autoridades administrativas electorales, pues así resulta del texto del artículo 17 de esa ley, que sustituyó el Art. 223 de C.C.A.

Esto sería suficiente para la improsperidad del cargo.

Pero ocurre que el Consejo Nacional Electoral se ocupó en dilucidar la apelación interpuesta por el doctor D'Yamil Antonio Bedoya Córdoba, contra las decisiones de los delegados del mismo consejo para los escrutinios generales en la circunscripción electoral del Chocó, entre las cuales estaba la concernida al cómputo de los registros electorales recibidos, según el recurrente, en forma extemporánea. Se observa, en cambio, que del escrito de apelación contra las

mismas decisiones de los delegados del Consejo Nacional Electoral suscrito por el Dr. Manuel Elías Barcha Garcés, que en copia obra del folio 43 al 50 del expediente 0393, no existe constancia de su presentación ante la autoridad a la que iba dirigida y de ese recurso no se hizo estudio alguno en el Acuerdo No. 3 de 1990 (mayo 24).

El Consejo Nacional Electoral encontró, para desatar el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Bedoya Córdoba, que los pliegos electorales correspondientes a las mesas de votación de los corregimientos de Pichimá, Taparal, Palestina y Copomá, del nunicipio de Istmina, fueron recibidos extemporáneamente y por ello ordenó sacarlos del cómputo del escrutinio. Y agrega, sin dubitación, que los demás registros "...llegaron a tiempo..." (fl. 7 del Acuerdo).

No cabe tener en cuenta, para desvirtuar tan claro eserto del Consejo, la copia de Resolución, con número ilegible, visible del fl. 15 al 24 del cuaderno del citado expediente, "Por la cual se fijan los términos de entrega de los documentos electorales de la circunscripción del Chocó", por cuanto ese decumento carece de autenticidad así aparezca en papel membreteado de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Como copia inauténtica no reviste valor probatorio para inferir, por comparación con las actas de los claveros municipales visibles del folio 25 al 36, que registros distintos a los reconocidos así por el Consejo Nacional Electoral fueron recibidos extemporáneamente.

Y en lo que atañe a la exclusión de las actas de escrutinio de la mesa No. 10 de Tadó no es dable hacer pronunciamiento distinto al de reconocer que si ello ocurrió, pues no cabe afirmarlo por no obrar en el proceso el acta del escrutinio municipal correspondiente, fue decisión acertada de la comisión escrutadora, por cuanto en el cuaderno No. 2 del Expediente 0393 obran, del folio 66 al 70, dichas actas (Formulario E-17) con solo dos firmas en la primera hoja, una firma en la hoja 2, 3 y 4 ninguna en la 5a., donde finaliza el escrutinio y se consignan las observaciones. Le falta, entonces, fundamento probatorio al cargo.

5o. Finalmente, en lo que atañe al cargo quinto, apoyado en alegada falsedad de los registros electorales correspondientes a las mesas de votación de Quibdó, Istmina y Tadó, por habérselas adulterado a lo largo de "misterioso" recorrido por varios Departamentos antes de ser recibidas para su introducción en el arca triclave, no obra en autos prueba alguna.

De lo atinente a la falsedad por votación de personas ilegalmente inscritas o no inscritas o que votaron dos o más veces, apenas milita el informe de la Registraduría Nacional del Estado Civil en relación a cédulas inscritas en Istmina y Tadó (Cuaderno 3 del Exp. 0393), adicionado con otro informe del mismo organismo electoral en cuanto a cédulas inscritas en Quibdó, Istmina y Tadó (Cuaderno No. 4 del Exp. 0393). Allí se relacionan inconsistencias en la inscripción de numerosas cédulas y también otras en las que no se puede efectuar el cotejo de los formularios E-3 y las tarjetas decadactilares, por no encontrarse estas en el archivo alfabético de la Registraduría, o por imposible cotejo.

Sin embargo, no hizo la parte actora la menor precisión en cuanto a las mesas en que pudieron sufragar las personas con cédulas ilegalmente inscritas, sino que generalizó aludiendo a falsedad en los registros electorales de los municipios citados, por lo que el cargo se torna inane.

También se observa que es imposible, pese a la sugerencia de la parte actora en su alegato de conclusión (fl. 118 del Exp. 0386), que esta Corporación relacione y vincule al proceso de la inscripción con el de las votaciones, por cuanto no fueron aportados los formularios E-15, contentivos del registro de votantes en esos municipios.

Así, entonces, no obran los documentos indispensables para efectuar, de ser posible, lo que en principio sería difícil dado el volumen del censo electoral en esos municipios, el cotejo o relación solicitada. Esa comprobación sería necesaria, dado que no es bastante a contaminar de falsedad el acta de escrutinio de una mesa de votación el que aparezcan en el listado de sufragantes (Formularios E-14) cédulas ilegalmente inscritas, pues como lo ha advertido esta Corporación en constante y reiterada jurisprudencia, se debe acreditar el sufragio con esos documentos. La sola inscripción ilegal es inocua frente al resultado de la votación consignado en el acta de escrutinio, cuya autenticidad y legitimidad busca preservar la causal de nulidad prevista en el Art. 223, numeral 2 del C.C.A., que sólo se vulneran en tanto el escrutinio (Formulario E-17) compute votación con esas cédulas. Lo otro es sancionable con la nulidad de la inscripción y por la vía penal, pero no bastante a invalidar el registro del escrutinio.

Si lo anterior no fuera bastante a desestimar el cargo, que sí lo es, se tiene que el informe técnico de la Registraduría Nacional del estado civil, constitutivo de los cuadernos 3 y 4 del expediente 0393, carece de virtualidad probatoria, no sólo por no habérselo puesto en conocimiénto de las partes en oportunidad legal, sino por falta de fundamentación. Lo primero era necesario para dar oportunidad a la contradicción del informe, habida cuenta que su sustentación, el cotejo dactiloscópico efectuado por los técnicos de Reginal, no fue controvertible ni público; lo segundo porque el informe, como también ocurre con la peritación, "...debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos y artísticos de las conclusiones..." (Art. 237, numeral 6 del C. de P. Civil). Aun así, que no lo es el allegado, al juzgador le asiste la facultad de apreciar razonadamente la prueba para reconocer en sana crítica su mérito demostrativo, pues ni la peritación ni la información técnica, regular y oportunamente allegados al proceso como lo exige el Art. 174 del C. del P. Civil, son por sí mismas plena prueba del hecho que con ellos se busca acreditar.

Tampoco es posible establecer, como es obvio ante la falta del registro votantes de los municipios aludidos, si algunas personas sufragaron dos o más veces.

Por consiguiente, el cargo carece de prueba.

Conclusión de las anteriores consideraciones es la no prosperidad de las pretensiones de la demanda en el proceso No. 0393, a que dio origen la acción promovida por el actor Dr. Manuel E. Barcha Garcés.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, acorde con el concepto del Fiscal colaborador únicamente en lo concerniente al proceso acumulado No. 0386, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. Niéganse las pretensiones de la demanda promovida por la señora Rubiela o Rubiele Bermúdez de Ramírez, tramitada en el proceso electoral No. 0387.

SEGUNDO. Niéganse las pretensiones de la demanda promovida por el señor Jorge Enrique Valencia Martínez, tramitada en el proceso 0386.

TERCERO. Niéganse las pretensiones de la demanda promovida mediante apoderado por el Dr. Manuel Elías Barcha Garcés, tramitada en el proceso electoral No. 0393.

CUARTO. Una vez en firme esta sentencia, devuélvanse a las oficinas administrativas electorales respectivas los documentos en original solicitados en el período probatorio.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Alejandro Bula Ordosgoitia,* Conjuez (Ausente).

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO ELECTORAL - Naturaleza/ **NULIDAD PROCESAL/ PRINCIPIO DE CELERIDAD**

No cabe recurso alguno contra la decisión de incidente de nulidad promovido por falta de competencia después de vencido el término para alegar. Es el electoral un proceso de pronta resolución por su mismo objeto, por la naturaleza de sus pretensiones y por los efectos de sus decisiones, consideraciones que sirvieron de base para que sus términos fueran reducidos en relación con el proceso ordinario, que la oportunidad probatoria fuera perentoria y que, inclusive las sentencias de la Sección Electoral no tuvieran recurso, todo en aras de evitar la perniciosa incertidumbre en la litis, de lograr la celeridad que la materia en su trascendencia requiere, de erradicar las indeseables prácticas dilatorias en los procesos encaminadas a conseguir que al producirse un fallo resulte inocuo en sus efectos porque, a modo de ejemplo, se venció el período del elegido o nombrado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., primero (1o.) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0517. Recurso de Queja. Actor: Jesús Eduardo Ortiz Pacheco.

Versa el proceso, conforme a las copias que se examinan, sobre la pretensión de nulidad del acto administrativo calendado a 29 de marzo de 1990, en cuanto los señores Delegados del H. Consejo Nacional Electoral para la Circunscripción del Magdalena declararon elegido Alcalde del municipio de Cerro San Antonio, para el período 1990-1992, al señor Octavio Alvarez Caballero.

Vencido el período probatorio se ordenaron los traslados de ley a las partes y al Ministerio Público, para que alegaran de conclusión los primeros y emitiera concepto de fondo el segundo, como en efecto lo hicieron dentro de precisos términos de que para ello se dispone.

Precluida esa etapa procesal fue cuando el demandado, por conducto de apoderado judicial, propuso incidente de nulidad de la actuación, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, invocando las causales 2a. y 3a. del artículo 140 del C. de P. Civil, esto es, por carecer el juez de competencia y pretermitirse integramente la respectiva instancia.

A la antedicha petición se le imprimió el trámite especial, sustitutivo del incidental, que prevé el quinto inciso del artículo 142 del C. de P. Civil, resolviendo el Tribunal, en auto de 18 de diciembre de 1990, "No declarar la nulidad solicitada por el apoderado del demandado", considerando al efecto que las argumentaciones que la sustentan no se ajustan a la realidad fáctica ni consultan el verdadero sentido de las normas que regulan el procedimiento aplicado. Concluye advirtiendo el Tribunal, que cuando el magistrado sustanciador admitió la demanda, "... ejerció una competencia propia de él, ya que la admisión de la demanda no es función de la Sala, salvo que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado", lo que en este caso no reclamó el accionante. Por demás, "El proceso se viene tramitando como de primera instancia. Al ponente le corresponde dictar en él todos los autos interlocutorios que no correspondan a la Sala. Así lo hizo...". "Por consiguiente, no acusa lo actuado inobservancia del debido proceso o falta de juez preconstituido.

De esa decisión apeló el señor representante judicial de la parte demandada, siéndole negado el recurso por auto de 25 de enero último pasado, porque, como se expresó en la parte considerativa de ese proveido, a la luz del inciso final del artículo 242 del C.C.A., resulta francamente improcedente, ya que "Vencido el término para alegar -reza la norma en cita- no se admitirá incidente alguno distinto al de recusación, si el magistrado hubiere comenzado a conocer después de aquel, y de nulidad por falta de competencia, sobre el cual, una vez decidido, no cabrá recurso".

Porfiando en su posición, el solicitante interpuso contra el auto de 25 de enero recurso de reposición y, en subsidio, pidió la expedición de copias de lo pertinente del proceso para promover el de queja, cuyo memorial sustentatorio, denegado que fue lo primero, está principalmente dirigido a contradecir las razones por las cuales el Tribunal no accedió a la declaratoria de nulidad impetrada y a reiterar su personal criterio favorable a tal medida, pero nada dice sobre los motivos de hecho y de derecho que tuvo esa Corporación para no conceder la apelación que ahora pretende por la vía de la queja, lo que constituye grave omisión de su parte cuando es, precisamente, el objeto de dilucidación en esta ocasión.

Al efecto se tendrán en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES:

No es mucho, en verdad, lo que se puede agregar a los bien traídos argumentos con que el H. Tribunal Administrativo del Magdalena, por auto de fecha 25 de enero del año en curso, denegó el recurso de apelación interpuesto contra el proveído calendado a 18 de diciembre de 1990, por medio del cual no se accedió a la declaratoria de nulidad de todo lo actuado impetrada por el señor apoderado del impugnante.

Es que, como con acierto concluyó el *a-quo*, de conformidad con el inciso final del artículo 242 del C.C.A., no cabe recurso alguno contra la decisión de incidente de nulidad promovido por falta de competencia después de vencido el término para alegar.

Lo anterior no obstante el principio general de que toda providencia jurisdiccional tiene recursos, para garantía y defensa de quienes intervienen en el proceso, principio que, sin embargo, solo es válido mientras la ley no disponga lo contrario, para lo que está habilitada en razón de la competencia que se supone que tiene para establecer y organizar el procedimiento, señalar las bases propias del mismo y definir las autoridades a quienes corresponde dar el derecho que en cada caso se reclama, lo que se regula y hace dentro de límites y cánones que no es posible siquiera pensar que no fueran traducción razonable y fiel de los principios constitucionales del derecho a la defensa y del debido proceso.

Es así como el legislador, en ejercicio de un poder constituido, esto es, derivado de la Nación y por ella misma establecido en la Carta Política, concibió y trajo al ordenamiento contencioso administrativo un peculiar proceso cuyo objeto no es otro que contribuir a solidificar los cimientos democráticos sobre los que descansa nuestra organización social, mediante la adecuada protección del sistema electoral del país y la debida representación de quienes ejercen autoridad o función pública: el proceso especial electoral, que corresponde al trámite de las pretensiones de naturaleza electoral, *sui generis* o particularísimo no solo porque contempla motivos o causales específicas contra los actos de declaratoria de elección o nombramiento, sino también porque su camino procedimental es diferente y muy propio, distinto al establecido para el proceso ordinario.

Este contencioso especial comporta una acción popular y objetiva, utilizable por cualquier persona sin necesidad de acreditar condiciones o calidades particulares, cuya mira, ajena a todo interés individual, se endereza prevalentemente a la protección del orden jurídico vulnerado y a la adecuada representación de quienes tienen la responsabilidad de gestión del sector público en cualquiera de sus ramas. Se caracteriza, principalmente, por la especialidad de la materia y, sobre todo, por la necesidad de decisiones rápidas en relación con las pretensiones.

Es un proceso que requiere celeridad, urgencia en sus trámites, en el que los principios de preclusión y eventualidad tienen plena realización, con el singular efecto de que las etapas, términos y oportunidades procesales se cumplan

inexorablemente, como tambien son consumativas e improrrogables las ocasiones para su ejercicio por los interesados, de tal suerte que quien no lo haga en su momento debe resignarse a verlas extinguir.

Es el electoral, en síntesis, un proceso de pronta resolución por su mismo objeto, por la naturaleza de sus pretensiones y por los efectos de sus decisiones, consideraciones que sirvieron de base para que sus términos fueran reducidos en relación con el proceso ordinario, que la oportunidad probatoria fuera perentoria y que, inclusive, las sentencias de la Sección Electoral no tuvieran recurso, todo en aras de evitar la perniciosa incertidumbre en la litis, de lograr la celeridad que la materia en su trascendencia requiere, de erradicar las indeseables prácticas dilatorias en los procesos encaminadas a conseguir que al producirse un fallo resulte inocuo en sus efectos porque, a modo de ejemplo, se venció el período del elegido o nombrado.

Esas, entre otras, pues, las razones de la existencia de normas restrictivas o limitantes del amplio y por lo mismo socorrido derecho de defensa consagrado por el artículo 26 de la Constitución, como el inciso final del artículo 242 del C.C.A., en que se fundamenta la jurídica' decisión del *á-quo*, recurrida en apelación.

En consecuencia, aplicando el expreso mandato legal en cita, debe denegarse la concesión del recurso que se impetra a través del de queja.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Decidir el recurso de queja en el sentido de denegar la concesión del de apelación impetrado por esta vía.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL - Convocatoria/ **SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia

Cuando el artículo 218 de la Constitución dispone que ésta "sólo podrá ser reformada", está indicando que se trata de cambios en la Constitución vigente no de la expedición de una nueva. Así es como se armonizan los artículos 2° y 218. El primero, que indudablemente hace referencia al constituyente primario, en cuanto de él emanan los poderes públicos, el segundo, al Congreso de la República como constituyente secundario. Con la expedición del Acuerdo demandado el Consejo Nacional Electoral dio cumplimiento a lo dispuesto sobre la materia en los Decretos 927 y 1926 de 1990, Acuerdo cuya presunta contrariedad con las normas constitucionales y legales que se invocan no surge de la manera prevista en el numeral segundo del artículo 152 de C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0512. Actor: Pedro Alejo Cañón Ramírez.

El Doctor Pedro Alejo Cañón Ramírez, quien actúa como demandante en este proceso, interpuso el recurso de reposición contra el auto fechado de 28 de febrero del año en curso, en cuanto la Sala no accedió a decretar la suspensión provisional del Acuerdo No. 13 del Consejo Nacional Electoral, de fecha 19 de diciembre de 1990, cuya declaratoria de nulidad pretende.

Como a tenor del artículo 154 del C.C.A. el recurso procede contra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional en el Consejo de Estado y,

además, se agotó el trámite previsto en el artículo 349 del C.de P.C., aplicable al caso, procede la Sala a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El recurrente sustenta su inconformidad manifestando que "DECLARAR CONVOCADA LA ASAMBLEA CONSTITUCIONAL QUE SESIONARA EN BOGOTA ENTRE EL 5 DE FEBRERO Y EL 4 DE JULIO DE 1991 Y ELEGIDOS LOS DELEGATARIOS como lo hace el Acuerdo No. 13 impugnado, AL ROMPE, EN FORMA MANIFIESTA, ABRUPTA Y ANTE EL SIMPLE COTEJO, resulta violatorio del art. 213 de la Constitución "solo podrá ser reformada por un acto Legislativo" con las formalidades allí previstas". Y mientras la Constitución de 1886 continúe vigente"...sus normas deben ser observadas (DURA LEX SED LEX), y las reformas a la misma deben sujetarse al procedimiento y presupuestos por aquellos previstos. Cosa distinta hubiera sido si la Constitución de 1886 (vigente a la expedición del Decreto 1926 de 1990 y del Acuerdo No. 13 demandado), se hubiera declarado extinguida en su vigencia o derogada, para luego convocarse una Asamblea para que expidiera o conformara una nueva y distinta Carta Política, pero aquello, en Colombia, no ha sucedido; aquí no hay término medio ni posición ambigua, ni se requiere de estudios profundos ni de indefinidas elecubraciones para establecer que

> "EL ACUERDO No.13 IMPUGNADO ES VIOLATORIO DEL ART. 218 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, EN FORMA OSTENSIBLE, PORQUE ES EL CONGRESO Y NO UN CUERPO EXTRAÑO AL REGIMEN JURIDICO VIGENTE, EL FACULTADO PARA INTRODUCIR REFORMAS O CAMBIOS A LA CARTA FUNDAMENTAL, MENOS AUN POR UN GRUPO DE PERSONAS INTEGRADO POR 70 ELEGIDOS POR EL PUEBLO; DOS MAS RESERVADOS PARA LOS GRUPOS GUERRILLEROS DESMILITARIZADOS, BAJO LA DIRECCION DEL GOBIERNO Y OTRO NUMERO INDETERMINADO QUE EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DESIGNE FORMALMENTE, COMO LO ESTABLECE EL DECRETO 1926 DE 1990, TODO LO CUAL RAYA EN LA IMPROVISACION, EN LA INSEGURIDAD Y EN LA ABSOLUTA FALTA (sic) DE SERIEDAD Y DE TODA MADUREZ EN EL MANEJO DE LA COSA PUBLICA Y DE LA ORGANIZACION SOCIAL".

Reitera lo manifestado en la demanda, en el sentido de que una Asamblea Constitucional y una elección de los delegatarios a la misma hecha realidad "...en virtud de 2.988.963 sufragios (que así lo reclaman o aceptan) sobre una población mayor de 30.000.000 de habitantes y de un censo electoral - no actualizado - de 14.237.110 ciudadanos", no puede tenerse como convocada y elegidos los delegatarios por el pueblo soberano.

De ahí que la providencia objeto del recurso erró al afirmar "que no hay manifiesta infracción entre el acto demandado y las normas tomadas como fun-

damento, por no brotar de la confrontación directa ni de los documentos públicos aducidos" la violación de las normas constitucionales y legales citadas de la demanda y agrega: "...mayor recibo y mejor presentación tendría negar la existencia del sol y de la necesidad de ciertos principios que toda sociedad requiere para subsistir en forma organizada y pacífica; corresponde a esquivar la función de hacer imperar el Derecho y con él la justicia, en virtud del sometimiento a la minoría y a las consecuencias y estado de la sociedad Colombiana desrito (sic) en el libelo introductorio recogido por la propia providencia impugnada.".

Respecto del cargo consistente en la violación ostensible del artículo 218 de la Constitución Nacional por el Acuerdo No. 13 de 1990 del Consejo Nacional Electoral, la Sala observa:

La H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia que declaró ajustado a la Constitución Nacional del Decreto Ejecutivo 1926 de 1990, fechada el 9 de octubre del mismo año, reproduce apartes de otras sentencias de la misma naturaleza, en las que al interpretar por vía jurisprudencial el mencionado canon constitucional acepta que la preceptiva en él contenida "...se refiere al constituyente secundario..." y no al constituyente primario "QUE LO ES EL PUEBLO". El Congreso tiene la capacidad para reformar la Constitución mediante actos legislativos, atribución o poder que deriva o proviene del mandato que le ha sido conferido por el constituyente primario a través de la elección popular.

La Sala no encuentra motivo o razón que la lleve a apartarse de esa interpretación jurisprudencial del artículo 218 de la Constitución Nacional, y conforme a ella no encuentra la violación ostensible que pretende el demandante.

Ciertamente, cuando el artículo 218 en cita dispone que la Constitución "solo podrá ser reformada" está indicando que se trata de cambios en la Constitución vigente no de la expedición de una nueva. Así es como se armonizan los artículos 2° y 218. El primero, que indudablemente hace referencia al constituyente primario, en cuanto de él emanan los poderes públicos, el segundo, al Congreso de la República como constituyente secundario.

Por lo que hace a la violación de la Ley electoral "reguladora del sistema de sufragios (restringido, limitado y hasta improvisado por el Decreto 1926/90)", según texto del escrito que sustenta el recurso, la Sala observa que la H. Corte Suprema de Justicia halló ajustados a la Constitución los Decretos Legislativos 927 de mayo 3 y 1926 de agosto 24, ambos de 1990. El primero, facultó a la organización electoral para contabilizar los votos depositados en pro de la convocación de una Asamblea Constitucional en las elecciones del 27 de mayo próximo pasado; el segundo, que facultó a la misma organización electoral para proceder "...a adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitan el 9 de diciembre de 1990, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de convocar e integrar una Asamblea Constitucional".

Como se trata de Decretos expedidos por el Gobierno Nacional con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, no solamente tienen "carácter obligatorio" como lo dispone el mismo canon sino la consecuencia de suspender durante la turbación del orden público las disposiciones legales incompatibles con los Decretos de Estado de Sitio.

En el caso concreto de los mencionados Decretos 927 y 1926, están suspendidas las normas de la ley electoral que les sean contrarias.

Finalmente, la Sala advierte que no encuentra, sin desquiciar el sistema jurídico, el camino para desconocer la fuerza de las sentencias proferidas por la H. Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de los dichos Decretos, tanto por la naturaleza de las mismas, que obligan *erga omnes*, cuando por su contenido, que estima acertado.

Con la expedición del Acuerdo No. 13 de diciembre 19 de 1990, el Consejo Nacional Electoral dió cumplimiento a lo dispuesto sobre la materia en los tantas veces mencionados Decretos 927 y 1926 de 1990, Acuerdo cuya presunta contrariedad con las normas constitucionales y legales que invoca el demandante no surge de la manera prevista en el numeral 2° del artículo 152 (D.E. 2304/89, art. 31) del C.C.A., por lo que no hay motivo para reponer el auto recurrido, proferido por la Sala el 28 de febrero último, en cuanto denegó declarar la suspensión de los efectos del acto demandado.

Por lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

No reponer su auto fechado el 28 de febrero de 1991, en cuanto denegó la suspensión de los efectos del Acuerdo No. 13 expedido por el Consejo Nacional Electoral el 19 de diciembre de 1990.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA - Admisión/ **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ DEMANDA** - Rechazo

De la preceptiva del artículo 143 del C.C.A., se deducen tres posibilidades: 1. Aplazamiento de la decisión sobre admisión de la demanda, cuando no reúna las formalidades subsanables o carezca de los requisitos de contenido y/o anexos. 2. Rechazo *in limine* de la demanda, cuando ésta carezca de las formalidades esenciales o sustanciales, y 3. Envío de la demanda al funcionario o autoridad jurisdiccional competente, en caso de haber sido interpuesta ante quien carecía de competencia. Estas posibilidades no deben confundirse o entremezclarlas, o deducir una de otra, pues son fenómenos completamente distintos, con razón de ser diferente y con efectos jurídicos no asimilables.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0509. Recurso de Súplica. Actor: Rodolfo Martínez Tono.

Por conducto de apoderado, el doctor Rodolfo Martínez Tono solicitó la nulidad de las resoluciones de 30 de octubre de 1990, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral resolvió no confirmar su elección como Registrador Nacional del Estado Civil, y de 22 de noviembre del mismo año, por la cual se decidió no reponer la anterior, para que se declare, en consecuencia, que subsiste esa elección y el elegido tome posesión por el período para el cual fue elegido o lo que reste del mismo.

Advierte el actor, que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de la demanda,

de conformidad con lo establecido en los artículos 6° de la Ley 14 de 1988, 128 numerales 1 y 4 y 227 del C.C.A.

Más, sin embargo, de otro criterio fue el H. Consejero a quien correspondió en reparto la conducción del asunto.

En efecto, encontrándose las diligencias a Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda, nada se decidió sobre ese aspecto, pero, en cambio, se dispuso la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por competencia, en aplicación del numeral 6° de los artículos 131 y 132 del C.C.A., en consideración a que "La demanda que se presenta en este proceso, se trata al parecer de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral, no proveniente de un contrato de trabajo...", como se expresa en auto de trámite fechado a 23 de enero de 1991, obrante a folio 75 del cuaderno principal de la actuación.

A ese ordenamiento, como correspondía, se dió inmediato cumplimiento (fl. 76 fte. y vto.).

Estimando, el señor apoderado del actor, que el auto de 23 de enero por el que se dispuso el envío del expediente a la autoridad jurisdiccional competente, "...es auto inadmisorio de la demanda..." infiere, con apoyo en lo previsto en los artículos 143 inciso final y 232 inciso segundo del C.C.A., que, "...por tanto, es pasible del recurso de súplica...", el que interpuso para que "...se revoque la providencia impugnada, y en su lugar sea admitida la demanda, siendo, por lo demás, que satisface los requisitos de forma y que fue presentada oportunamente...".

Sustenta el recurso aduciendo que la acción que se promueve no es de restablecimiento del derecho de carácter laboral, como se dice en la providencia impugnada, sino la acción pública de nulidad electoral a que se refiere el artículo 227 del C.C.A, pues se pretende "...la nulidad de las resoluciones de 30 de octubre de 1990, mediante la cual se resolvió no confirmar la elección de Registrador Nacional del Estado Civil recaída en la persona del doctor Rodolfo Martínez Tono, y de 22 de noviembre del mismo año, por la cual se decidió no reponer la anterior, proferidas por el Consejo Nacional Electoral. Y la nulidad así declarada supone necesariamente la vigencia de la elección, con todas las consecuencias".

Previa devolución del expediente, el recurso recibió el trámite de rigor. Ahora, para resolver, se tendrán en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el caso de autos, no cabe duda, la parte actora interpuso la demanda equivocando la acción y, por ende, la competencia, aspecto el último que fue resuelto por el H. Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez en

auto de 23 de enero del año en curso, ordenando enviar el expediente a la autoridad competente. Esa decisión es la suplicada, por entenderse implícita en ella resolución de inadmisión de la demanda, incurriendo el actor, por supuesto, en otra protuberante equivocación, error que nace, seguramente, de la incompleta o fraccionaria lectura e interpretación del texto del artículo 143 del C.C.A., que parcialmente transcribe como aval del recurso intentado.

De la clara preceptiva del artículo 143 en cita se deducen tres posibilidades, a saber: 1. Aplazamiento de la decisión sobre admisión de la demanda, cuando no reúna las formalidades subsanables o carezca de los requisitos de contenido y/o de los anexos, previstos en los artículos 137 a 142 del C.C.A., tales como falta de designación de una de las partes o de su representante, falta de claridad en el *petitum* o ausencia del mismo, no señalamiento de los fundamentos de derecho o la no expresión del concepto de la violación, la no aportación de documentos fundamentales para que el proceso se adelante y culmine, la falta de la copia debidamente expedida del acto acusado con la constancia de su publicación, notificación y ejecutoria, si es del caso, y la falta de copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las demás partes; 2. Rechazo *in límine* de la demanda, cuando ésta carezca de las formalidades esenciales o sustanciales, como falta de jurisdicción por estar radicada en otra diferente a la contencioso-administrativa, caducidad de la acción, impugnación de actos no susceptibles de control jurisdiccional, o por otros motivos de fondo; y 3. Envío de la demanda al funcionario o autoridad jurisdiccional competente, en caso de haber sido interpuesta ante quien carecía de competencia territorial o funcional.

En síntesis, según la norma comentada, frente a las circunstancias de hecho o de derecho esbozadas a manera de ejemplos, cabe una cualquiera de las hipótesis planteadas, sin que haya lugar a confundirlas, entremezclarlas o deducir una de otra, pues son fenómenos completamente distintos, con razón de ser diferente y con efectos jurídicos no asimilables.

Y como no puede el accionante cambiar o interpretar las normas de procedimiento a su arbitrio y conveniencia, debe estarse a lo que la ley disponga al efecto.

En el caso *sub-lite,* es bien claro que con el ordenamiento de 23 de enero impugnado simplemente se acató aquella cuando, en aras de encauzar una acción que por vía equivocada se intentó, se señaló competencia en proveído de inmediato cumplimiento no susceptible del recurso interpuesto. De tal suerte, entonces, el de súplica ensayado habrá de inadmitirse.

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

de conformidad con lo establecido en los artículos 6° de la Ley 14 de 1988, 128 numerales 1 y 4 y 227 del C.C.A.

Más, sin embargo, de otro criterio fue el H. Consejero a quien correspondió en reparto la conducción del asunto.

En efecto, encontrándose las diligencias a Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda, nada se decidió sobre ese aspecto, pero, en cambio, se dispuso la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por competencia, en aplicación del numeral 6° de los artículos 131 y 132 del C.C.A., en consideración a que "La demanda que se presenta en este proceso, se trata al parecer de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral, no proveniente de un contrato de trabajo...", como se expresa en auto de trámite fechado a 23 de enero de 1991, obrante a folio 75 del cuaderno principal de la actuación.

A ese ordenamiento, como correspondía, se dió inmediato cumplimiento (fl. 76 fte. y vto.).

Estimando, el señor apoderado del actor, que el auto de 23 de enero por el que se dispuso el envío del expediente a la autoridad jurisdiccional competente, "...es auto inadmisorio de la demanda..." infiere, con apoyo en lo previsto en los artículos 143 inciso final y 232 inciso segundo del C.C.A., que, "...por tanto, es pasible del recurso de súplica...", el que interpuso para que "...se revoque la providencia impugnada, y en su lugar sea admitida la demanda, siendo, por lo demás, que satisface los requisitos de forma y que fue presentada oportunamente...".

Sustenta el recurso aduciendo que la acción que se promueve no es de restablecimiento del derecho de carácter laboral, como se dice en la providencia impugnada, sino la acción pública de nulidad electoral a que se refiere el artículo 227 del C.C.A, pues se pretende "...la nulidad de las resoluciones de 30 de octubre de 1990, mediante la cual se resolvió no confirmar la elección de Registrador Nacional del Estado Civil recaída en la persona del doctor Rodolfo Martínez Tono, y de 22 de noviembre del mismo año, por la cual se decidió no reponer la anterior, proferidas por el Consejo Nacional Electoral. Y la nulidad así declarada supone necesariamente la vigencia de la elección, con todas las consecuencias".

Previa devolución del expediente, el recurso recibió el trámite de rigor. Ahora, para resolver, se tendrán en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el caso de autos, no cabe duda, la parte actora interpuso la demanda equivocando la acción y, por ende, la competencia, aspecto el último que fue resuelto por el H. Consejero de Estado doctor Miguel González Rodríguez en

auto de 23 de enero del año en curso, ordenando enviar el expediente a la autoridad competente. Esa decisión es la suplicada, por entenderse implícita en ella resolución de inadmisión de la demanda, incurriendo el actor, por supuesto, en otra protuberante equivocación, error que nace, seguramente, de la incompleta o fraccionaria lectura e interpretación del texto del artículo 143 del C.C.A., que parcialmente transcribe como aval del recurso intentado.

De la clara preceptiva del artículo 143 en cita se deducen tres posibilidades, a saber: 1. Aplazamiento de la decisión sobre admisión de la demanda, cuando no reúna las formalidades subsanables o carezca de los requisitos de contenido y/o de los anexos, previstos en los artículos 137 a 142 del C.C.A., tales como falta de designación de una de las partes o de su representante, falta de claridad en el *petitum* o ausencia del mismo, no señalamiento de los fundamentos de derecho o la no expresión del concepto de la violación, la no aportación de documentos fundamentales para que el proceso se adelante y culmine, la falta de la copia debidamente expedida del acto acusado con la constancia de su publicación, notificación y ejecutoria, si es del caso, y la falta de copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las demás partes; 2. Rechazo *in límine* de la demanda, cuando ésta carezca de las formalidades esenciales o sustanciales, como falta de jurisdicción por estar radicada en otra diferente a la contencioso-administrativa, caducidad de la acción, impugnación de actos no susceptibles de control jurisdiccional, o por otros motivos de fondo; y 3. Envío de la demanda al funcionario o autoridad jurisdiccional competente, en caso de haber sido interpuesta ante quien carecía de competencia territorial o funcional.

En síntesis, según la norma comentada, frente a las circunstancias de hecho o de derecho esbozadas a manera de ejemplos, cabe una cualquiera de las hipótesis planteadas, sin que haya lugar a confundirlas, entremezclarlas o deducir una de otra, pues son fenómenos completamente distintos, con razón de ser diferente y con efectos jurídicos no asimilables.

Y como no puede el accionante cambiar o interpretar las normas de procedimiento a su arbitrio y conveniencia, debe estarse a lo que la ley disponga al efecto.

En el caso *sub-lite,* es bien claro que con el ordenamiento de 23 de enero impugnado simplemente se acató aquella cuando, en aras de encauzar una acción que por vía equivocada se intentó, se señaló competencia en proveído de inmediato cumplimiento no susceptible del recurso interpuesto. De tal suerte, entonces, el de súplica ensayado habrá de inadmitirse.

A mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Inadmitir el recurso de súplica impetrado respecto del auto de trámite fechado a 23 de enero de 1991, proferido por el Consejero doctor Miguel González Rodríguez, dentro del proceso en el que figura como actor el doctor Rodolfo Martínez Tono.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Sección Segunda, Subsección B. del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *José Joaquín Pardo, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

SENTENCIA - Aclaración/ **PARTE IMPUGNADORA/ DEMANDADO**

No puede el juzgador, so pretexto de ejercitar facultades excepcionales, variar o alterar la sustancia de la resolución original, debiendo limitarse a la aclaración, corrección o adición, de oficio o a solicitud de parte, en aras de la decisión expresa y clara de todos los aspectos que corresponda, exigida por los principios procesales. De origen normativo es la permisión de denominar indistintamente al demandado como impugnador u oponente, entendiéndose así respecto de las pretensiones de la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0497. Aclaración de sentencia. Actor: Constantino Sánchez Amado.

En este proceso el H. Tribunal Administrativo de Santander profirió sentencia, datada a 9 de octubre de 1990, decretando la nulidad del acto de 14 de marzo de ese año, por el que la Comisión Escrutadora Municipal de Matanza declaró elegida Alcalde de esa localidad, para el período 1990-1992, a la doctora Esperanza Gómez Hernández, ordenando la cancelación de la credencial otorgada a la elegida, y disponiendo las comunicaciones de rigor a las autoridades correspondientes y la compulsa de ese fallo y de otras piezas procesales, para que por la jurisdicción penal "...se investigue la conducta punible en que pudo haber incurrido la señorita Marina Niño Lozano al extender y presentar en este Tribunal la certificación visible al folio 70 en calidad de Tesorera Municipal cuando ya había cesado en el ejercicio de sus funciones".

Contra esa sentencia apeló la parte demandada, recurso que desató esta Corporación, por sentencia de 1o. de los corrientes, al confirmarla en su integridad y disponer, además, "...la expedición de copias de este fallo con destino a la justicia penal, para que investigue el delito en que pudo haber incurrido la impugnante al declarar, bajo juramento, que no estaba inhabilitada para ser elegida alcalde, como se vé del acta de inscripción de su candidatura (Formulario E-9)".

Mediante escrito presentado personalmente en la oportunidad que prevé el artículo 246 del C.C.A., la demandada Gómez Hernández solicitó de la Corporación se procediera a la "...aclaración de la sentencia de segunda instancia proferida el 1o. de marzo de 1991", en el sentido de precisar "...a cuál impugnante se refiere...", si al demandante o al demandado, cuando ordena expedir copias para investigar el posible delito en que incurrió; "...del mismo modo ha de aclararse o precisarse la clase de delito que habrá de ser investigado y que presuntamente se cometió, pues la sentencia nada refiere al respecto y no hay claridad contra quién es que pretende se encamine la investigación penal y a qué pretende que conduzca".

También pide la demandada, que "...se aclare la sentencia en el sentido de expresar con suma precisión, cuál es la norma específicamente violada y que guarde estrecha relación con el escrito de demanda, y no se haga sobre supuestos, como está concebido el fallo, en donde en repetidas ocasiones recurre a la 'suposición' de los preceptos violados y presuntamente citados por el actor, pero 'erróneamente' como en el fallo se reconoce, y que no guardan concordancia con la demanda presentada...".

Y, por último, "...para efectos posteriores...", solicita claridad respecto del número de radicación que corresponde al proceso ante el Consejo de Estado, "...pues cuando llegó a esa H. Corporación por primera vez, para resolver la apelación al auto de suspensión provisional se le asignó la Radicación No. 0372, y ahora con sorpresa y sin explicación lógica me encuentro que la radicación del proceso es la No. 0497, y me hace dudar de que éste sea el proceso que corresponde a la acción electoral en que se demandó mi elección...".

Para resolver,

SE CONSIDERA

No obstante que por mandato legal la sentencia no puede ser revocada ni reformada por el juez que la profirió, bien es cierto que el artículo 246 del C.C.A. y las normas pertinentes del C. de P. Civil, aplicables por la remisión del 267 del primero de esos estatutos, otorgan al fallador la facultad de aclararla, corregirla o adicionarla.

La aclaración en auto complementario, de los conceptos o frases que contenidos en la parte resolutiva o que influyan en ella, ofrezcan verdaderos motivos

de duda; la corrección, en auto complementario, de los errores puramente aritméticos; y la adición, mediante sentencia complementaria, de los extremos de la litis o de cualquier otro punto objeto de pronunciamiento, cuya resolución se hubiere omitido.

En ninguno de esos eventos puede el juzgador, so pretexto de ejercitar aquellas excepcionales facultades, variar o alterar la sustancia de la resolución original, debiéndo limitarse a la aclaración, corrección o adición, de oficio o a solicitud de parte, en aras de la decisión expresa y clara de todos los aspectos que corresponda, exigida por los principios procesales.

Se entiende, entonces, que dentro de ese preciso marco procedimental y conceptual cabe resolver la solicitud impetrada, para que se aclare la sentencia de fecha 1o. de marzo de 1991, ya que, a juicio de la demandada Esperanza Gómez Hernández, la parte resolutiva ofrece verdaderos motivos de duda, reclamando, además, claridad sobre otro aspecto que ninguna relación tiene con el fallo comentado.

Más, sin embargo, es obvio que en el caso *sub-lite* no son propiamente aclaraciones lo que es dable hacer a la sentencia, por cuanto los motivos de duda propuestos, salvo el primero, no están contenidos en su parte resolutiva ni influyen en ella.

Se trata, simplemente, de explicaciones, que se accede a dar, así:

Cuando se ordena la expedición de copias para que se investigue la posible conducta punible en que pudo incurrir "...la impugnante...", la Sala se está refiriendo, naturalmente, a la demandada en este proceso, quien pidió se la tuviera como parte en el mismo para "...oponerse a las peticiones de la demanda", esto es, para actuar como impugnadora de las pretensiones, ya porque tenía interés directo en el proceso en calidad de demandada, o nada más porque así le provocó, pues el contencioso electoral, con la modificación introducida por el art. 59 del Decreto 2304 de 1989 al artículo 69 de la Ley 96 de 1985, que a su vez había sustituido el original artículo 235 del C.C.A., dio vía libre a la intervención de coadyuvantes o impugnadores, sin exigencia o requisito alguno en cuanto a interés personal.

De la misma redacción de esas normas, viene la permisión de denominar indistintamente al demandado como impugnador u oponente, entendiéndose así respecto de las pretensiones de la demanda.

No puede alegar la demandada o impugnante, entonces, que en el fallo a que se alude "...no hay claridad contra quién es que se pretende que se encamine la investigación penal...."; obviamente que es contra ella, investigación que se solicita con fundamento en que, bajo juramento, declaró, en el momento de aceptar la inscripción de su candidatura a la Alcaldía de Matanza, que no estaba inhabilitada para su elección a ese cargo, estándolo en realidad, como se demostró en el proceso.

Lo que sí le está vedado al juez administrativo es hacer el encuadramiento típico de la conducta que se asoma irregular o injurídica, como lo pretende la solicitante, y mucho menos le está permitido siquiera insinuar "...a qué pretende que conduzca" la investigación que se pide; esas son funciones que la ley adscribe a la competencia de la jurisdicción penal.

Que se aclare la sentencia en el sentido de expresar con suma precisión cuál es la norma específicamente violada y que guarde estrecha relación con el escrito de demanda, es el segundo aspecto planteado por la solicitante Gómez Hernández.

No encuentra la Sala fundamento valedero a esa solicitud, por cuanto el fallo se desenvuelve en torno a las normativas invocadas como violadas por el actor: artículo 5° de la Ley 78 de 1986; ordinal e) del artículo 1° de la Ley 49 de 1987, "...que desarrollan parcialmente el Acto Legislativo No. 01 de 1986 sobre elección popular de alcaldes...", como se dice textualmente al enunciar los FUNDAMENTOS DE DERECHO de las pretensiones (fl. 17) y al transcribir la norma que consagra la inhabilidad de la elegida, visible al folio 15 de los autos. También el Art. 139, atribuciones 3a. y 4a., del Decreto 1333 de 1986. Cualquier error mecanográfico o *lapsus calami* en que haya incurrido el accionante en la cita de los textos legales, de ninguna manera afectó el sentido de sus planteamientos, como con diligencia y extensión se explicó en la parte motiva del fallo cuya aclaración se reclama.

Y en cuanto al número de radicación que correspondió al proceso cuando por apelación se conoció de la sentencia de primera instancia, aspecto último al que se refiere la solicitante, basta decir que para todos los efectos ese número no puede ser otro que el 0497, esto es, el de la última radicación. La otra, que parece extrañar a la peticionaria, fue la de los autos cuando se los recibió para conocer de la negativa a decretar la suspensión provisional, o sea, para efectos anteriores. Para el control de la segunda instancia, en los libros radicadores se atribuye un número a los autos cada vez que se los recibe para decidir cualquier recurso, a diferencia de lo que ocurre con los procesos de única instancia, que conservan su número de radicación inicial.

Respecto de las demás "oscuras dudas" que puede abrigar la solicitante obvio es que no es dable pronunciamiento alguno, por desconocerlas esta Sala.

Sin otras consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

Declarar infundada la solicitud de aclaración de la sentencia proferida el 1o. de marzo del año en curso, conforme a las explicaciones que se hacen en la parte motiva de este pronunciamiento.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *José Joaquín Camacho Pardo, Clara González de Barliza, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
PRIMER TRIMESTRE
AÑO DE 1991

A

AGROPECUARIA LA GARCIA LTDA 1163
ALBERTO MONTOYA MONTOYA 399
ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO 423
ALFONSO BARRERA ZAMBRANO 617
AQUILINO VARON CARO 724, 730
ALVARO BONELL 470
ALVARO AVILA RAMIREZ 684
AMANDA FELISA PERAZA FERNANDEZ 754
AMPARO MENESES CLARO 637
AMPARO DISNEY VEGA MENDOZA 695
ARNULFO MOSTACILLA CARAVALI 1313
AUGUSTO ELISEO SAMPAYO NOGUERA 1308
ASOCIACION DE DROGUISTAS DE LOS SANTANDERES 1243

B

BANCO CENTRAL HIPOTECARIO 716
BANCO GANADERO C/SUPERINTENDENCIA BANCARIA 1235
BETTY MONTERROSA DE MARTINEZ 97, 102, 106, 109

C

CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL - CEILA PERILLA GUTIERREZ 513

CARBONERAS DE LOS ANDES LTDA. 124, 131, 134

CARLOS CABALLERO BAENA 707

CARLOS HOLGUIN HOLGUIN 12, 28, 31, 33, 37, 54, 57, 137

CARLOS E. CAMPILLO P. 408, 415

CARLOS ALFREDO RAMIREZ GUERRERO Y ALVARO HERNANDEZ GAMA BELTRAN 1095, 1109

CALIMA MOTOR LTDA 1266

CAMILO GUTIERREZ JARAMILLO 302

CARLOS GUILLERMO CASTRO GUEVARA, FERNANDO GARCIA VARGAS Y LUIS FIDEL MORENO RUMIE 1403

CARLOS AUGUSTO NORIEGA 313

CARLOS RODRIGUEZ GOMEZ 880

CASA TORO S.A. 1112

CENTRO COMERCIAL COMBEIMA LTDA 1227

CINEMA INTERNATIONAL CORPORATION LTDA. 337

COMPAÑIA NACIONAL AIR FRANCE, S.A. 1087

CONSTANTINO SANCHEZ AMADO 1512

CORPORACION SOCIAL DE AHORRO Y VIVIENDA COLMENA 1167, 1186

CRISTIAN DIAZ JAUREGUI 488

D

DANIEL AVELLANEDA CORREA 553

DISTRIBUIDORA DISTRICOR LTDA. 1057

E

EDNA MARGARITA RUEDA CARDENAS Y OTRAS 480

EDUARDO ALFONSO CRISSIEN SAMPER 1325

EDUARDO OJEDA AVILA 982
EDUARDO PINZON ESPINEL 549
EDUIN DE LA ROSA QUESSEP 417
ELSY DE JESUS URZOLA SALCEDO 1292
EMILIO ABUABARA NORIEGA 1468
EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA 128
ENRIQUE ARTURO AGUDELO GRANDA 712
ESTACION DE SERVICIOS GIRON LTDA 1249

F

FLOTA LA MACARENA S.A. 377
FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES 689
FOTO INTERNACIONAL DE COLOMBIA LTDA 1213
FRANCISCO ARCINIEGAS ANDRADE 248
FRANCISCO ELADIO GOMEZ 993
FUNERARIA GAVIRIA LTDA 1068

G

GASEOSAS COLOMBIANAS S.A. 1222
GENCO LTDA Y CIA S.C.A. 1142
GERMAN EDUARDO GUTIERREZ HOLGUIN 447
GONZALO OCHOA DUQUE 577
GUILLERMO CHAHIN LIZCANO 364
GUILLERMO DE JESUS GARCIA Y OTROS 868
GUSTAVO SOLER SALAZAR 778

H

HENRY ESCOBAR ROMERO 1445
HERACLIO FERNANDEZ SANDOVAL Y OTRO 1352
HERNANDO HURTADO CARAVALI 1303

HILVO CARDENAS RUIZ C/NACION 1240
HUGO LATORRE DONADO 605
HUGO MOLANO ROJAS Y OTROS 613
HUGO ALBERTO SERNA JARAMILLO 432

I

IGNACIO CASTILLA CASTILLA 571
IGNACIO CHIAPPE LEMOS Y CONSUELO AGUIRRE SILVA 1156
IGNACIO PALACIO URIANA Y OTROS 952
INCICON LTDA. 796
INGECOS LTDA. 886
IVONNE ASTRID MERCADO OSORIO 675

J

JAIRO ALBERTO RESTREPO ISAZA 329
JAIRO ALBERTO SOLANO PEREZ 789
JAIME HERNANDO PACHECO ULLOA 784
JAIME RAFAEL AZAR MARTINEZ 1280
JESUS MARIA HERNANDEZ FERIA 523
JESUS EDUARDO ORTIZ PACHECO 1500
JORGE EMILIO SUAREZ VELANDIA Y OTRO 1298
JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ 1479
JORGE HENNESSEY 531
JOSE MIGUEL ASSIS GUERRA 1437
JOSE IGNACIO DIAZ GRANADOS A. 1371
JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ 1027
JOSE ANTONIO MORILLO RODRIGUEZ 541
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA 239
JOSE MANJARRES FONTALVO 356
JUAN BERNARDO PAREDES USQUIANO 351
JUAN C. HERNANDEZ HENAO 1005

L

LA NACION - ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO/ SEGUROS CARIBE S.A. 1219

LA NACION - MINEDUCACION VS. BLANCA INES RESTREPO VELEZ DE VARGAS 655

LEONEL OLIVAR BONILLA 111, 115, 117, 120

LEON KADOCH B. 453

LIBARDO SIMANCAS Y OTROS 1459

LUCELLY RODRIGUEZ DE MONTOYA 926, 949

LUIS BENICIO JIMENEZ ARANGO 580

LUIS EDUARDO NOVOA RODRIGUEZ 744, 751

LUIS HUMBERTO ERRADA Y OTROS 910

LL

LLOREDA COMERCIAL LTDA 1198

M

MARIA DEL CARMEN RICO VDA. DE ALVAREZ 157

MIGUEL ANGEL BERNAL GONZALEZ 564

MIGUEL ANGEL CONTRERAS 912

MIRYAM SALAZAR OROSCO 852

MIRYAM STELLA ZABALA ZAPATA Y OTROS 967

MANUEL ANTONIO VILLOTA 732

MARIA ELENA LA ROTTA TORRES 678

MARIA LIDIA VILLOTA VILLOTA 766, 771

MARIA LUZ PANTOJA MELO 901

MARIA TERESA GARCIA DE GARCIA 276

MARIA TERESA VALLEJO OBREGON 600

MARIELA PARDO DE HERNANDEZ 632

MARIO LEON MEJIA CALLE 700

MADRID LTDA. APUESTAS MADRID Y CIA. LTDA. 293

MONSANTO COMPANY 387
MUNICIPIO DE MONTENEGRO 272
MUNICIPIO DE ORTEGA TOLIMA 629

N

NIDIA PATRICIA NARVAEZ GOMEZ 1256
NIKE COLOMBIANA S.A. 1192

O

OCTAVIO ORTEGA BUILES 499
ODILON RAFAEL REDONDO MAESTRE 643
OMAR DE JESUS ALFONSO FONSECA 1042

P

PAULA BEATRIZ NIETO ALARCON 584
PABLO J. CACERES CORRALES 495
PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES 894
PAPELES SCOTH DE COLOMBIA 1075
PEDRO ALEJO CAÑON RAMIREZ 1504
PEDRO SILVIO PULIDO PINTO 1031
POLIEXPANDIBLES S.A. POLIEX 1206
PROVINCIA PETROLEUM COMPANY 1135
PUERTOS DE COLOMBIA 773

R

REFRIGERACION
THERMO-ELECTRICA LTDA. 1063
ROBERTO BRUCE RAISBECK 59, 72, 77, 79, 82, 86, 90, 94
ROBERTO MEISEL LANNER
Y ALEJANDRO VELEZ MUNERA 1048

RODOLFO MARTINEZ TONO 1508
RODRIGO OCAMPO OSSA 255
ROOSEVELT MOLINA HENAO 760
ROSALBA GAVILAR NOVOA 1421

S

SALCEDO LTDA. 267
SAMUEL SALAZAR RAMIREZ 589
SAUL GIRALDO GARCIA 473
SINDICATO DE TRABAJADORES
DE LAS EMPRESAS PUBLICAS DE MANIZALES 738
SILVIO ABRAHAM FERNANDEZ TOVAR 669
SOCIEDAD PUNTO AGRICOLA LTDA. 1082
SOCIEDAD AKTIEBOLAGET VOLVO 385
SOCIEDAD ALBERTO CORREDOR Y CIA. 916
SOCIEDAD HECOL LTDA. 858

T

TERESA CASTRO VDA. DE RIVEROS 535

U

UNION DE ASEGURADORES DE COLOMBIA, FASECOLDA 438

Z

ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA 574

INDICES TEMATICOS

SALA PLENA

A

ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS - Titularidad (Aclaración de voto) 109

ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS - Titularidad (Salvamento de voto) 128, 134

ACCION DE NULIDAD 111, 115, 117, 120, 122

ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS - Titularidad 124

ADMINISTRACION NACIONAL - Estructura 136

C

CONDENA EN ABSTRACTO 156

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia 97

CONFLICTO DE COMPETENCIA - (Aclaración de voto) 102

CONFLICTO DE COMPETENCIAS - (Aclaración de voto) 106

CONFLICTOS DE COMPETENCIA 109

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia 124, 128

CONFLICTO DE COMPETENCIA - (Salvamento de voto) 131

COSA JUZGADA 137

D

DIMAR - Facultades 97
DERECHOS ADQUIRIDOS - (Salvamento de voto) 33
DERECHOS ADQUIRIDOS 54
DEROGATORIA - Efectos 58

E

ECOPETROL - Facultades 11, 33, 58
ECOPETROL - Facultades (Salvamento de voto) 31, 79, 86

F

FALLA DE SERVICIO DE POLICIA 156
FALLO EXTRAPETITA - (Salvamento de voto) 90

H

HIDROCARBUROS 11, 31, 33, 58, 79, 82
HIDROCARBUROS - (Aclaración de voto) 28, 86, 90
HIDROCARBUROS - (Salvamento de voto) 37, 54
HIDROCARBUROS - Explotación 136

I

INTERVENCION ADHESIVA - Improcedencia 117
INTERVENCION DE TERCEROS 111, 115, 117, 120, 122
INTERVENCION LITISCONSORCIAL 117
INTERVENCION LITISCONSORCIAL - (Salvamento de voto) 120

L

LEGITIMACION PROCESAL 111

LEGITIMACION PROCESAL - (Salvamento de voto) 115, 117, 122
LEY MARCO 72, 79
LEY MARCO - (Salvamento de voto) 82
LIQUIDACION DE CONDENA 156

M

MEDIOS DE IMPUGNACION - Titularidad 111
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA - Facultades 11, 58, 86

P

PERJUICIOS MATERIALES 156
PODER DE POLICIA 97
POLICIA ADMINISTRATIVA 31
POLICIA MUNICIPAL - Facultades 97
POTESTAD REGLAMENTARIA 11, 28, 31, 33, 37, 54, 58, 79, 82, 86, 90, 136
POTESTAD REGLAMENTARIA - (Salvamento de voto) 72

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica 12

S

SENTENCIA - Aclaración 12
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos 58
SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia 58, 136
SUSTRACCION DE MATERIA - Procedencia (Salvamento de voto) 72
SUSTRACCION DE MATERIA - Procedencia (Aclaración de voto) 77
SUSTRACCION DE MATERIA - (Salvamento de voto) 94

T

TERMINO JUDICIAL 156

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ADJUDICACION DEL CONTRATO - Criterios 174
APORTES PARA FISCALES 196
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL 171
AUTONOMIA UNIVERSITARIA 207

C

CAJANAL 226
CARRERA ADMINISTRATIVA 180
CATEDRATICO 218
CESANTIA - Pago 226
COMPETENCIA 171
CONGRESO - Facultades 191
CONSEJO DE ESTADO 171
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS 218
CONTRIBUCIONES DE VALORIZACION 230

E

EDUCACION SUPERIOR 184, 188, 207
EJERCICIO DE PROFESIONES 207
EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO 180
EMPRESA DE TRANSPORTE MASIVO DEL VALLE DE ABURRA 230
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS 222
ESCALAFON DOCENTE 211

EXEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD 203

F

FORMACION UNIVERSITARIA - (Salvamento de voto) 188
FUNCION CONSULTIVA 171
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL 196

I

INSTITUCION TECNOLOGICA 184, 188
INSTITUCION TECNOLOGICA 188
ISS 196

L

LEY DE PRESUPUESTO - Trámite 203
LICENCIATURA 211
LICITACION 174

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION - Efectos 191

P

PERSONAL DOCENTE 191, 218
PLIEGO DE CONDICIONES 174
PRESTACIONES SOCIALES 191, 218
PRESUNCION DE LEGALIDAD 211
PRESUPUESTO NACIONAL - Objeciones 203
PROGRAMA DE FORMACION POR CICLOS 184
PROGRAMAS DE FORMACION POR CICLOS 188
PROYECTO DE REGLAMENTO INTERNO 171

S

SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO 171
SALARIO INTEGRAL - Improcedencia 218
SECRETARIADO 207
SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ELECTRICA 222
SUBSIDIO FAMILIAR 196
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS - Empleados 180

SECCION PRIMERA

A

ACTO DE TRAMITE 276
ACUERDO DE CARTAGENA - Decisiones 364
ACUMULACION DE PROCESOS 495
ADMINISTRACION CENTRALIZADA 302
ADMINISTRACION MUNICIPAL - Organización 272
ADMINISTRACION NACIONAL - Estructura 302
AFECTACION DE BIENES 399
ALCALDE - Facultades 399
ANALOGIA 239
ANIMO DE LUCRO 356
AREA METROPOLITANA 255
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades 473
AUDIENCIA PUBLICA 385
AUTONOMIA PRESUPUESTAL 239

C

CARGA DE LA PRUEBA 313
CATASTRO 276

CELEBRACION DE CONTRATOS 399
CENSO POBLACIONAL 329
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL 329
COMPAÑIA DE SEGUROS - Obligaciones 248
COMPETENCIA 255, 302, 470, 499
COMPETENCIA - Factores 337
COMPETENCIA FUNCIONAL 337
COMPETENCIA POR CUANTIA 337
CONCEJO MUNICIPAL - Atribuciones 272
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades 422
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 422
CONTRATACION ADMINISTRATIVA - Inhabilidades 267

D

DEMANDA - Interpretación 479
DERECHO ADQUIRIDO - Inexistencia 447
DEROGATORIA 417
DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio 387

E

EJERCICIO DE PROFESIONES 488
ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL 239
ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL - Integración 356
EQUILIBRIO PRESUPUESTAL 272
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL 239
EXPROPIACION 499

F

FUNCION PUBLICA CATASTRAL 276

G

GOBERNADOR 499
GOBERNADOR - Facultades 473

H

HERBICIDA - Naturaleza 387

I

IMPEDIMENTO 313
IMPUESTOS 408
IMPUESTO 415
INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia 479
INTERES PUBLICO 293
INTERVENCION DE TERCEROS 377

J

JUEGOS DE AZAR 351
JUEGOS PERMITIDOS 293
JUEGOS PROHIBIDOS 351
JUICIO FISCAL DE CUENTAS 422
JUNTA METROPOLITANA 255
JUNTA NACIONAL DE TARIFAS - Facultades (Salvamento de voto) 415

L

LIBRETA MILITAR 479

M

MEDICAMENTO DE USO VEGETAL - Inexistencia 387

N

NULIDAD PROCESAL 337

O

ORDENADOR DEL GASTO PUBLICO 422

P

PARTES - Designación 479
PARTIDO CONSERVADOR - Estatutos 313
PARTIDO CONSERVADOR - Dignatarios 313
PATENTE DE INVENCION 387
PERMISO DE POLICIA 293
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO - Interpretación 479
PODER DE POLICIA 351
PORTE DE ARMAS - Salvoconducto 447
POTESTAD REGLAMENTARIA 248, 364, 422, 488
PRESUPUESTO MUNICIPAL 272
PRINCIPIO DE CONTRADICCION 453
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS 453
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL 276
PROCURADOR GENERAL 302
PROYECTO DE ORDENANZA - Objeciones 473

R

RECURSO DE APELACION - Oportunidad 432
RECURSO DE APELACION 453
RECURSO DE REPOSICION 432
RECUSACION 313
REPRESENTANTE A LA CAMARA 329
REPRODUCCION DEL ACTO SUSPENDIDO - Inexistencia 438

RESPONSABILIDAD FISCAL 422
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO - Improcedencia 377

S

SEGURO POR DAÑOS 248
SERVICIO MILITAR 479
SERVICIO PUBLICO 408, 415
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA MUNICIPAL 356
SUSPENSION AUTOMATICA - Improcedencia 438
SUSPENSION PROVISIONAL 267
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 408, 417
SUSTANCIALES Y ACCIDENTALES 453

T

TASA 408, 415
TEORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS 453
TERAPIA OCUPACIONAL 488
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 337
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO 470

U

USO DEL SUELO - Reglamentación 255
UTILIDAD PUBLICA - Calificación 499

V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 432, 453

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO 632, 754
ACCION DE PLENA JURISDICCION 684
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 577
ACCION DISCIPLINARIA 700
ACCION ELECTORAL 707
ACTO DE CONFIRMACION 617
ACTO DE NOMBRAMIENTO 707
ACTO DISCRECIONAL 730
APORTES PARAFISCALES 773
ARBITRO 716
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL 643

B

BONIFICACION POR SERVICIOS 605

C

CADUCIDAD - Término 577, 684
CALIFICACION DE SERVICIOS 695
CARGO ADMINISTRATIVO 655
CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO 580
CARGO DOCENTE 655
CARRERA ADMINISTRATIVA 580
CARRERA JUDICIAL 695
CLUB MILITAR - Socio 724, 730
COMISION DE SERVICIOS 760
COMPETENCIA 523, 605, 612, 637, 643, 689, 707, 773, 784
COMPETENCIA - Agenda de trabajo 675

COMPETENCIA FUNCIONAL 695
CONGRESO 605, 689
CONSEJO DE ESTADO 695
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO 707
CONTENCIOSO OBJETIVO PROPIO 707
CONTRATO DE MANDATO 574

D

DEMANDA - Corrección 571
DERECHO DE DEFENSA 589, 724
DERECHO SINDICAL 600
DERECHOS ADQUIRIDOS 643
DESCANSO COMPENSATORIO 754
DESTITUCION 589, 700
DESVIACION DE PODER 549, 553, 600
DOCUMENTOS - Fax 766

E

EMPLEADOS DEL CONGRESO - Nombramiento 637
EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL - Elección 669
EMPLEADO OFICIAL - Clasificación 612, 738
EMPLEADO PUBLICO 612, 738
EMPRESA LICORERA DE SANTANDER 612
EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES 738
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Régimen prestacional 605
ESCALA DE REMUNERACION 643
ESCALAFON DOCENTE 655
ESCALAFON - Renovación 541
ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL - Régimen de personal 738

F

FOCINE 605
FUERZA MAYOR 754
FUNCIONARIO DE SEGURIDAD SOCIAL 541

H

HOJA DE SERVICIOS - Valor probatorio 535
HOSPITAL REGIONAL 523

I

INGRESO AL SERVICIO - Inhabilidad 617
INSUBSISTENCIA 549, 553, 564, 600
INSUBSISTENCIA - Procedencia 541, 684
ISS REGIONAL - Directivos 675
INTERES CORRIENTE - Improcedencia 732

L

LICENCIA 580
LICENCIA POR ENFERMEDAD 632

M

MINISTERIO DE TRABAJO 773
MINISTERIO PUBLICO 617
MOVIL POLITICO 553

N

NOTARIO 531
NULIDAD PROCESAL 695

P

PENSION DE JUBILACION - Reconocimiento 732, 751
PERSONAL CIVIL DEL EJERCITO - Músicos 678
PERSONAL DOCENTE - Régimen aplicable 584
PERSONAL MILITAR 535
PLIEGO DE CARGOS 589
PODER ESPECIAL 574
POLICIA NACIONAL - Régimen aplicable 584
PRESCRIPCION 700
PRESTACIONES SOCIALES 577
PRESTACIONES SOCIALES - Fijación 605, 689
PROCESO DISCIPLINARIO 564, 589, 700, 724
PROCESO DISCIPLINARIO - Inexistencia (Salvamento de voto) 730

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Improcedencia 513
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia 574
REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS - Nombramientos 784
RENUNCIA 716
RENUNCIA - Aceptación 523
RENUNCIA - Presentación 778
RENUNCIA - Término 766
RENUNCIA - Término (Salvamento de voto) 771
REPRODUCCION DEL ACTO SUSPENDIDO 531
RESERVA MORAL 617
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO 744

S

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO 707
SENA - Aportes 773

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD 523
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD - Nominador 712
SINDICATO MIXTO 629
SUPERINTENDENTE DE NOTARIADO Y REGISTRO 784
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 571, 678
SUSTITUCION PENSIONAL - Beneficiarios 513
SUSTITUCION PENSIONAL - Improcedencia 678

T

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS 707
TRABAJADOR OFICIAL 612, 738
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO 716

V

VIATICOS 760

SECCION TERCERA

A

ACCION DE REPARACION DIRECTA 909
ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedencia 993
ACCION IN REM VERSO 885
ACTO TERRORISTA 1005
ANEXOS 952

B

BANCO DE LA REPUBLICA - Naturaleza 789

C

COMPETENCIA	789, 909
COMPETENCIA FUNCIONAL	880
COMPETENCIA POR CUANTIA	867, 880
COMUNERO	926
COMUNIDAD (Aclaración de voto)	926
CONCURRENCIA DE CULPAS	901
CONDENA EN ABSTRACTO	901, 909
CONFLICTO DE JURISDICCION	912
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento	796
CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL - Reglamentación	894
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	880, 982
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia	916
COSA JUZGADA	967
CUANTIA - Estimación	867
CULPA DE LA VICTIMA	901
CULPA DE LA VICTIMA - Inexistencia	867

D

DEMANDA - Desistimiento	967
DEMANDA - Inadmisión	909
DEMANDA - Requisitos	867, 952
DERECHO DE ACCION	967
DERECHOS DE AUTOR	993

E

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	885
EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO	796
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	993

F

FALLA DEL SERVICIO 901, 993
FALLA DEL SERVICIO DE ORDEN PUBLICO 1005
FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA 967, 1005
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Arma oficial 867, 901, 967
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA - Inexistencia 852
FALLA PERSONAL DEL AGENTE 852
FIDUCIA ENTRE ENTIDADES PUBLICAS 894
FONDO NACIONAL DE CALAMIDADES 894

I

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 993
INEXISTENCIA PROCESAL 967
INTERPRETACION UNILATERAL DEL CONTRATO 858

J

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 909
JURISDICCION ORDINARIA 789

L

LEGITIMACION EN LA CAUSA 952
LEGITIMACION POR ACTIVA 926
LIQUIDACION DE CONDENA 901, 909
LIQUIDACION DEL CONTRATO 982
LUCRO CESANTE - Liquidación 885

M

MODIFICACION UNILATERAL DEL CONTRATO 796

O

OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLES 912

P

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento 868
PODER ESPECIAL - Presentación 952
POTESTAD REGLAMENTARIA 894
PRESUPUESTOS PROCESALES 952
PROPIEDAD INTELECTUAL 993

R

RIFA 909

S

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE 1005
SOCIEDAD FIDUCIARIA 894
SUCESION 926

T

TRANSITO DE LEGISLACION 912
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 867

V

VEHICULO PARTICULAR 1005

SECCION CUARTA

A

ACCION DE RESTABLECIMIENO DEL DERECHO TRIBUTARIO - Finalidad 1197
ACREEDOR EXTRANJERO 1156
ACTO PREPARATORIO 1057
ACTO COMPLEJO 1087
ACTO DEFINITIVO 1087
ADICION DEL INGRESO 1227
AGENTE DE ADUANA - Naturaleza 1048
ANEXOS 1063
auto comisorio 1057

B

BASE GRAVABLE 1192, 1222, 1266
BASE GRAVABLE - Disminución 1213
BENEFICIO DE AUDITORIA - Requisitos 1206
BIEN GRAVADO 1068

C

CADUCIDAD DEL CONTRATO 1219
CAUSACION DEL INGRESO 1227
CIRCULAR EXTERNA 1156
COMERCIANTE INDEPENDIENTE 1266
COMPARACION DE PATRIMONIOS 1074
COMPETENCIA 1255
COMPONENTE INFLACIONARIO - Deducibilidad 1031
CONCESIONARIO 1266
CONTABILIDAD POR CAUSACION 1227

CONTADOR PUBLICO - Firma 1206
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 1255
CONTRATO DE CONCESION 1266
CONTRATO DE SERVICIOS AUTONOMOS 1227
CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Inexistencia 1240
CONTROL FISCAL 1255
COPIA DEL ACTO 1027
COSTO 1111
CREDITO A FAVOR - Procedencia 1134

D

DEDUCCION 1031, 1074
DEMANDA 1063
DEMANDA - Corrección 1027
DEMANDA - Interpretación 1041, 1111, 1197
DEMANDA - Requisitos 1027, 1111, 1234
DEPOSITO FRANCO 1213
DEPRECIACION FLEXIBLE 1074
DERECHO DE DEFENSA 1167, 1235
DERECHO SOCIAL - Determinación 1041
DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS 1255

E

ENCAJE BANCARIO 1167
EXCEPCIONES 1163
EXENCION - Improcedencia 1111
EXPORTACION 1192, 1213

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 1192

FALLO EXTRA PETITA - Improcedencia 1234

G

GASTO FINANCIERO 1031
GASTO LABORAL 1031

I

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 1192
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Cali 1266
IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO 1111, 1112, 1213
IMPUESTO SOBRE LA RENTA 1031, 1041, 1074, 1082, 1134, 1197, 1206
IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Provisión 1134
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 1222
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Responsable 1068
INSPECCION TRIBUTARIA - Naturaleza 1141
INTERMEDIACION COMERCIAL - Inexistencia 1266
IRREGULARIDAD CONTABLE - Efectos 1197

J

JURISDICCION COACTIVA 1219
JURISDICCION COACTIVA - Régimen Aplicable 1163

L

LEY MARCO ADUANERA - Alcance 1048
LIQUIDACION DE AFORO - Validez 1057
LIQUIDACION DE IMPUESTO 1087
LIQUIDACION DE OPERACIONES 1156
LIQUIDACION DE REVISION 1206
LIQUIDACION DE REVISION - Término 1074

M

METODO BANCARIO - Improcedencia 1082
MONEDA EXTRANJERA 1156

N

NORMA LOCAL 1063
NOTIFICACION 1057, 1219

O

OMISION DE INGRESOS 1222

P

PARTES - Designación 1111
PASIVO CONTABLE 1134
PASIVO FISCAL 1134
PERIODO GRAVABLE 1111
PODER ESPECIAL 1111
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA 1167
PRESUNCION DE LEGALIDAD 1167
PRETENSIONES 1041
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO 1235
PRUEBA CONTABLE 1134, 1141
PRUEBA CONTABLE - Eficacia 1197
PUBLICACION 1027

R

REFORMATIO IN PEJUS 1112
RENTA GRAVABLE - Determinación 1082
RENTA PRESUNTIVA 1095, 1243

RENTA PRESUNTIVA - Determinación 1249

S

SANCION ADMINISTRATIVA 1234
SANCION PENAL - Interpretación 1234
SANCION POR INEXACTITUD 1243
SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia 1112
SANCION TRIBUTARIA 1206
SENTENCIA - Existencia 1141
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos 1167
SERVICIO EXENTO 1068
SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Facultades 1156, 1167
SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia 1255

T

TITULO EJECUTIVO 1219

SECCION QUINTA

A

ACCION ELECTORAL 1308, 1312, 1421
ACTA DE ESCRUTINIO 1324, 1370
ACUMULACION DE PRETENSIONES 1420
ALCALDE - Calidades 1444
ALCALDE - Inhabilidad 1287
ALCALDE - Inhabilidades 1279, 1292, 1312, 1458
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL - Convocatoria 1504
AUTO ADMISORIO 1420
AUTO PARA MEJOR PROVEER 1371

C

CADUCIDAD 1421
CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL 1370
CLAVERO - Filiación política 1478
COMPETENCIA 1371
COMPETENCIA FUNCIONAL 1298, 1444, 1508
CONCEJAL 1421
CONFESION - Valor probatorio 1312
CONGRESISTA - Inhabilidades 1477
CONTRATO 1292, 1477
COPIA DEL ACTO 1287
COPIAS - Valor probatorio 1312, 1477
CUOCIENTE ELECTORAL 1401

D

DECISION - Perfeccionamiento 1477
DEMANDA - Admisión 1508
DEMANDA - Rechazo 1508
DEMANDA ELECTORAL 1420
DEMANDA ELECTORAL - Corrección 1401
DEMANDA ELECTORAL - Interpretación 1351, 1420
DEMANDA ELECTORAL - Requisitos 1287, 1298, 1458, 1468
DEMANDADO 1512
DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio 1324, 1351
DOBLE VOTACION 1351

E

ELECCION NUEVA - Procedencia 1312
EMPLEADO DEL CONGRESO 1458
EMPLEADO OFICIAL 1287

EMPLEADO PUBLICO 1458
EMPLEADO PUBLICO - Docente 1279
EMPLEADO PUBLICO - Docentes 1421
ESCRUTINIO 1324, 1370
ESCRUTINIO NUEVO - Improcedencia 1312
EXCEPCION DE FONDO 1371

F

FALLO INHIBITORIO - Improcedencia 1371
FALSEDAD IDEOLOGICA 1370
FALSEDAD INOCUA 1370
FRAUDE ELECTORAL - Improcedencia 1444
FUNCION ELECTORAL 1478
FUNDAMENTOS DE HECHO 1420

G

GOBERNADOR 1478

I

INSCRIPCION IRREGULAR 1351
INSCRIPCION DE CANDIDATOS - Irregularidad 1402
INSCRIPCION DE CEDULAS 1437
INSCRIPCION DE CEDULAS - Irregularidad 1370
INTERVENCION DE TERCEROS 1303

J

JURISDICCION ROGADA 1437

L

LISTA DE SUFRAGANTES 1351

N

NOTIFICACION 1420
NOTIFICACION POR EDICTO 1468
NULIDAD ELECTORAL 1351, 1370
NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia 1478
NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia 1401, 1402, 1437, 1444, 1468
NULIDAD ELECTORAL - Prueba 1478
NULIDAD PROCESAL 1303, 1500
NULIDAD PROCESAL - Improcedencia 1444

P

PARENTESCO 1478
PARTES - Designación 1458, 1468
PARTE IMPUGNADORA 1512
PLIEGO ELECTORAL - Extemporaneidad 1478
PRESUPUESTO MUNICIPAL - Concepto 1298
PRINCIPIO DE CELERIDAD 1468, 1500
PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO 1402
PROCESO ELECTORAL 1351, 1371
PROCESO ELECTORAL - Naturaleza 1500
PRUEBAS 1437

R

RECLAMACION ELECTORAL 1402, 1478
RECURSO DE APELACION - Sustentación 1279
REFORMATIO IN PEJUS - Inaplicabilidad 1279, 1308, 1312
REGISTRO ELECTORAL 1324, 1370

REGISTRO ELECTORAL - Irregularidad 1351
REGISTRO FALSO 1370, 1402
REGISTRO FALSO - Prueba 1478

S

SANCION PENAL 1312, 1477
SENADOR SUPLENTE 1402
SENTENCIA - Aclaración 1512
SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL 1401
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 1504

T

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 1444, 1508

V

VECINDAD - Pruebas 1444
VIOLENCIA ESCRUTADORES - Inexistencia 1468

La Empresa Editorial
Universidad Nacional
realizó el diseño gráfico de este libro
Anales del Consejo de Estado
Primer Trimestre de 1991
y terminó su impresión
en noviembre de 1994