



200 AÑOS

ANTOLOGÍA

Jurisprudencias y Conceptos

CONSEJO DE ESTADO
1817 - 2017

SECCIÓN PRIMERA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Antología jurisprudencias y conceptos – Consejo de Estado 1817 - 2017 / Editor Tomo Sección Primera, María Elizabeth García González. Editor General de la Antología, Álvaro Namén Vargas. Bogotá: Consejo de Estado, Imprenta Nacional de Colombia, 2018

ISBN: 978-958-8857-92-3

Consejo de Estado/Jurisprudencia.

Octubre de 2018

**Equipo Coordinador
de la Antología**

Álvaro Namén Vargas
Consejero de Estado
Editor General de la Antología

Editor General de la Antología

Óscar Eduardo Vargas Rozo
Catalina Uprimny Salazar
María Angelica Pulido Barreto
Luisa Fernanda Pascuaza Cabrera

**Editor del Tomo
Sección Primera**

María Elizabeth García González
Consejera de Estado

Comité Técnico

Sección Primera
Nubia Margoth Peña
Magistrada Auxiliar

Liliana Marcela Becerra Gámez
Relatora

Yeison Gnecco Guerrero
Ricardo Alonso Quintero
Auxiliares Judiciales

Agradecimientos especiales:

Oswaldo Giraldo López
Hernando Sánchez Sánchez
Roberto Augusto Serrato Valdés
Consejeros de Estado



CONSEJO DE ESTADO
SEGUNDO CENTENARIO
1817-2017

© 2018 Consejo de Estado
Sección Primera

Consejo de Estado
Calle 12 n°. 7-65
Palacio de Justicia
Bogotá, D. C., Colombia
<http://www.consejodeestado.gov.co/>
info@consejoestado.ramajudicial.gov.co
[@consejodeestado](https://twitter.com/consejodeestado)

Todos los derechos reservados.

Primera edición: Bogotá D. C.,
Octubre 2018

ISBN VOLUMEN: 978-958-8857-92-3
ISBN OBRA COMPLETA: 978-958-8857-91-6

Diseño e impresión:
Imprenta Nacional de Colombia

Impreso y hecho en Colombia

COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO BICENTENARIO (2017)

SALA DE GOBIERNO

Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Presidente)
Germán Alberto Bula Escobar (Vicepresidente)
Roberto Augusto Serrato Valdés (Presidente Sección Primera)
Carmelo Perdomo Cuéter (Presidente Sección Segunda)
Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Presidente Sección Tercera)
Stella Jeannette Carvajal Basto (Presidente Sección Cuarta)
Carlos Alberto Moreno Rubio (Presidente Sección Quinta)
Édgar González López (Presidente Sala de Consulta)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Óscar Darío Amaya Navas
Germán Alberto Bula Escobar
Édgar González López
Álvaro Namén Vargas

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

María Elizabeth García González
Oswaldo Giraldo López
Hernando Sánchez Sánchez
Roberto Augusto Serrato Valdés

SECCIÓN SEGUNDA

Carmelo Perdomo Cuéter
Sandra Lisset Ibarra Vélez
William Hernández Gómez
César Palomino Cortés
Rafael Francisco Suárez Vargas
Gabriel Valbuena Hernández

SECCIÓN TERCERA

Stella Conto Díaz del Castillo
María Adriana Marín
Ramiro Pazos Guerrero
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Danilo Rojas Betancourth
Guillermo Sánchez Luque
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Marta Nubia Velásquez
Carlos Alberto Zambrano Barrera

SECCIÓN CUARTA

Stella Jeannette Carvajal Basto
Milton Chaves García
Julio Roberto Piza Rodríguez
Jorge Octavio Ramírez Ramírez

SECCIÓN QUINTA

Rocío Araújo Oñate
Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
Carlos Enrique Moreno Rubio
Alberto Yepes Barreiro

COMITÉ EDITORIAL

Álvaro Namén Vargas
Sala de Consulta y Servicio Civil
Editor General

María Elizabeth García González
Sección Primera

Gabriel Valbuena Hernández
Sección Segunda

Guillermo Sánchez Luque
Sección Tercera

Stella Jeannette Carvajal Basto
Sección Cuarta

Rocío Araújo Oñate
Sección Quinta

ÍNDICE GENERAL
ANTOLOGÍA

TOMO I	SECCIÓN PRIMERA
TOMO II	SECCIÓN SEGUNDA
TOMO III A y B	SECCIÓN TERCERA
TOMO IV	SECCIÓN CUARTA
TOMO V	SECCIÓN QUINTA
TOMO VI	SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

ÍNDICE GENERAL
TOMO I SECCIÓN PRIMERA

PARTE GENERAL

- I. ACTO ADMINISTRATIVO
- II. CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

PARTE ESPECIAL

- I. ACTOS DE REGISTRO
- II. ASUNTOS ADUANEROS Y COMERCIO EXTERIOR
- III. ASUNTOS AMBIENTALES
- IV. ASUNTOS DE TRANSPORTE
- V. AUXILIOS O DONACIONES
- VI. BIENES DE INTERÉS GENERAL
- VII. CIRCULARES DE SERVICIO O ADMINISTRATIVAS
- VIII. CIUDADANOS EXTRANJEROS, PERMISOS DE RESIDENCIA TEMPORAL Y EXTRADICIÓN
- IX. COMUNIDADES INDÍGENAS
- X. CONFLICTO ARMADO INTERNO
- XI. CONTROL FISCAL
- XII. CORPORACIONES PÚBLICAS
- XIII. CREACIÓN DE MUNICIPIOS
- XIV. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

- XV. ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y DERECHOS DE LOS INTERNOS
- XVI. EXPROPIACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA
- XVII. FACULTADES PRO TEMPORE O EXTRAORDINARIAS
- XXVIII. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS
- XIX. LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA
- XX. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN
- XXI. MECANISMOS DE CONTROL NATAL Y DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA
- XXII. PERSPECTIVA DE GÉNERO
- XXIII. PODER DE POLICÍA
- XXIV. POLICÍA NACIONAL
- XXV. POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA
- XXVI. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA
- XXVII. RÉGIMEN CAMBIARIO
- XXVIII. REGISTROS MARCARIOS Y DERECHOS DE AUTOR
- XXIX. REGISTROS SANITARIOS
- XXX. SERVICIOS PÚBLICOS
- XXXI. TASAS
- XXXII. TITULOS DE IDONEIDAD

ÍNDICE TEMÁTICO

PRESENTACIÓN GENERAL

Jorge Octavio Ramírez y Germán Alberto Bula Escobar
Presidentes del Consejo de Estado 2017 y 2018 XXVII

PRÓLOGO

Álvaro Namén Vargas
Editor General de la Antología XXXI

PRESENTACIÓN

Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González
y Hernando Sánchez Sánchez
Consejeros de Estado - Sección Primera LXIX

PARTE GENERAL

I. ACTO ADMINISTRATIVO

A. CONCEPTO

Son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir efectos jurídicos - 24 de septiembre de 1971 3

B. CLASES

ACTOS ACADÉMICOS Y MERAMENTE ACADÉMICOS

Solo el acto académico es susceptible de control judicial por producir efectos jurídicos - 16 de diciembre de 1994 6

ACTO COMPLEJO

Deber de demandar su integridad jurídica. Concepto. - 15 de octubre de 1964 8

ACTO DE EJECUCIÓN

Es susceptible de control judicial cuando va más allá de la decisión que le sirve de sustento - 4 de septiembre de 1997 11

ACTO GENERAL

Oponibilidad - 26 de noviembre de 1993 12

ACTO MIXTO	
Cuando el acto de carácter general produce claros efectos particulares, basta la publicación para darlo a conocer a los interesados - 21 de marzo de 1996	16
La notificación personal es la forma adecuada de hacer efectiva la publicidad de los actos que producen efectos individuales o particulares - 12 de agosto de 1999	17
Acciones procedentes para su enjuiciamiento - 28 de octubre de 1999	21
ACTO POLÍTICO DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA O DE GOBIERNO	
Es susceptible de control judicial por producir efectos jurídicos - 18 de mayo de 2000	23
ACTO VERBAL	
Es una forma válida de expresión de la función administrativa - 15 de febrero de 1983	25
C. ELEMENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	
De existencia - 17 de febrero de 2000	27
ELEMENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	
Esenciales - 31 de marzo de 2005	29
D. OTROS ASPECTOS	
ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO POR GOBIERNO DE FACTO	
Proceso de restauración de la vida institucional - 17 de julio de 1959	31
ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR FUNCIONARIO DE HECHO O DE INVESTIDURA PLAUSIBLE	
Por mediar título que habilita el ejercicio de su función (designación regular), se considera como expedido por funcionario de derecho - 26 de septiembre de 1991	37
ILEGITIMIDAD SOBREVINIENTE	
Se da en virtud de la pérdida del presupuesto jurídico que servía de soporte del acto administrativo - 3 de agosto de 2000	40
Solo procede el examen de legalidad del acto frente a normas vigentes al momento de su expedición - 20 de mayo de 2004	42
INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL SOBREVINIENTE O INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE	
Se da por contrariedad entre el acto y un nuevo ordenamiento constitucional - 10 de febrero de 1995	43
INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA	
Frente a situaciones de carácter general hace que la norma reglamentaria corra la misma suerte que la disposición legal declarada inexecutable o anulada - 18 de octubre de 2001	45

IRREGULARIDADES SUSTANCIALES Y PURAMENTE FORMALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO	
El incumplimiento de las garantías (formas sustanciales) que constituyen un derecho para los asociados induce a nulidad - 25 de mayo de 1968	49
PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA	
No puede dársele el carácter de una causal de anulación - 19 de febrero de 1998	52
TEORÍA DE LA CONVALIDACIÓN DEL ACTO IRREGULAR	
Un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior - 6 de junio de 1991	55
PURGA DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO	
Los actos administrativos se juzgan a la luz de la normativa vigente al momento de su expedición, lo cual implica que el aludido fenómeno no proceda frente a la actividad de control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo - 19 de diciembre de 2005	58
En el evento de que llegare a aceptarse su aplicación, debe tenerse de presente que no todos los vicios del acto administrativo son saneables - 1° de diciembre de 2016	60
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO	
Una vez se ha configurado frente a los recursos interpuestos contra el acto principal, la administración carece de competencia por el factor temporal, para expedir el acto expreso - 20 de mayo de 1999	64
ACTO PRINCIPAL Y ACTOS CONFIRMATORIOS	
Basta con demandar la nulidad del acto principal, porque de anularse este quedarían sin piso jurídico para su existencia los actos confirmatorios - 28 de julio de 1980	68
Son una unidad jurídica que deben demandarse en su totalidad si se quiere obtener una declaración eficaz de nulidad - 10 de septiembre de 1982	71
VÍA GUBERNATIVA	
Es factible plantear nuevos argumentos ante los jueces administrativos, pero no hechos nuevos distintos a los esbozados en la vía gubernativa - 12 de junio de 1997	76
Es procedente alegar en el proceso judicial causales de nulidad nuevas, no planteadas inicialmente en sede administrativa - 11 de diciembre de 2006	78
Agotamiento - 20 de septiembre de 2007	79

II. CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

ACCIONES DE NULIDAD Y DE PLENA JURISDICCIÓN

La nulidad solo procede frente a actos administrativos generales y la de plena jurisdicción solo puede ejercitarse contra actos administrativos particulares - 1° de diciembre de 1959 89

TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES

Lo que determina la naturaleza de la acción son los fines que persigue el actor - 10 de agosto de 1961 96

El acto individual es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre que afecte de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, y la ley haya previsto el uso de este contencioso objetivo en su contra - 2 de agosto de 1990 100

Alcance en las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado - 4 de marzo de 2003 108

NULIDAD PARCIAL CUALITATIVA

Permite mantener la disposición atacada, liberándola de la carga normativa ilegal - 23 de febrero de 2012 114

PARTE ESPECIAL

I. ACTOS DE REGISTRO

Notificación de las anotaciones - 23 de octubre de 2003 119

Son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad - 3 de noviembre de 2011 121

II. ASUNTOS ADUANEROS Y COMERCIO EXTERIOR

A. PROCESO ADMINISTRATIVO DE DECOMISO DE MERCANCÍA

DESCRIPCIÓN DE MERCANCÍA

No puede confundirse la omisión con la deficiencia en la descripción de la mercancía. Debe tenerse en cuenta que los elementos esenciales de individualización varían de acuerdo con la naturaleza de la mercancía - 18 de mayo de 2000 123

TERCERO ADQUIRENTE O POSEEDOR DE BUENA FE

El decomiso procede aún contra terceros poseedores de buena fe - 14 de junio de 2001 127

Solo procederá el decomiso si el propietario de la mercancía de origen extranjero no demuestra con medios idóneos la adquisición nacional de la misma y no referencia a los importadores de ella - 9 de diciembre de 2004 129

El decomiso no procede frente a tercero adquirente de buena fe, puesto que la obligación aduanera es de carácter personal y, por lo tanto, es al importador a quien corresponde presentar la respectiva declaración de importación y acreditar su legalidad - 7 de octubre de 2010	135
La buena fe que aduce el adquirente de la mercancía no sana el estatus de ilegalidad de la importación - 11 de febrero de 2016	138
ACTO DE TRÁMITE ADUANERO	
Tienen tal carácter los requerimientos ordinarios y especiales - 9 de marzo de 2017	141
B. PROCESO JUDICIAL POR DECOMISO DE MERCANCÍA	
VINCULACIÓN DE TERCEROS	
Cuando la mercancía es respaldada por una póliza en reemplazo de aprehensión la no vinculación de la aseguradora en el proceso judicial genera nulidad - 20 de enero de 2005	142
La no intervención de la aseguradora en el proceso judicial no genera vicio alguno - 5 de febrero de 2015	143
LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA	
La empresa transportadora no tiene legitimación para demandar la nulidad de la decisión que ordena el decomiso, pues este afecta a su propietario - 25 de febrero de 1999	145
El transportador es tercero con interés en el proceso judicial cuando el decomiso le es imputable y la administración le reconoce vocación de interesado en la actuación administrativa que culmina con el acto de decomiso - 15 de agosto de 2002	147
C. JUNTA DE COMERCIO EXTERIOR	
Es la competente para prohibir la exportación de sangre, plasma y sus derivados - 12 de febrero de 1974	150
III. ASUNTOS AMBIENTALES	
CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES	
Deben adoptar las medidas tendientes a que toda actividad se adecúe a las normas ambientales - 4 de marzo de 1999	154
EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES DE TERRITORIOS INDÍGENAS	
Consulta previa - 20 de mayo de 1999	157
BOSQUE ORIENTAL DE BOGOTÁ	
Sustracción de área de reserva forestal - 13 de mayo de 2010	160

IV. ASUNTOS DE TRANSPORTE

TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS

No puede efectuarse en los camiones destinados a carga - 14 de diciembre de 1931 163

TARIFAS DE LOS COMISIONISTAS DE TRANSPORTES

El Gobierno Nacional carece de competencia para establecerlas en forma unilateral, su facultad es solo para aprobar o improbar las que se le sometían a su estudio - 17 de marzo de 1942 166

V. AUXILIOS O DONACIONES

Está prohibido que las ramas y órganos del poder público decreten auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado - 26 de febrero de 1993 173

La beca de enseñanza universitaria no tiene el carácter de auxilio ni donación - 23 de julio de 2015 176

VI. BIENES DE INTERÉS GENERAL

ISLAS DEL ROSARIO

Por ser baldíos de la Nación y tener el carácter de reservas territoriales no enajenables, le está vedado al alcalde de Cartagena interferir, impedir, restringir o perturbar el derecho patrimonial de la Nación - 13 de octubre de 1989 179

ARCHIPIÉLAGO DE LOS MONJES

La nota que la Cancillería Colombiana dirigió al Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela, en la cual se declara no objetar la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes, no es susceptible de control judicial - 28 de enero de 1976 183

Las decisiones que incidan en los límites de la República de Colombia y, por tanto, en el territorio y la soberanía de la misma, competen en forma privativa al Presidente de la República - 23 de octubre de 1992 187

BIENES DE USO PÚBLICO

Pueden ser dados en arrendamiento o administración - 11 de noviembre de 1999 189

VII. CIRCULARES DE SERVICIO O ADMINISTRATIVAS

El carácter decisorio del acto es el que lo hace susceptible de control judicial - 11 de marzo de 1988 192

Solo son susceptibles de control judicial las que revisten el carácter de acto administrativo - 3 de febrero de 2000 193

Todas las circulares, con independencia de su objeto, se encuentran sujetas al control de los jueces de la administración - 27 de noviembre de 2014 195

VIII. CIUDADANOS EXTRANJEROS, PERMISOS DE RESIDENCIA TEMPORAL Y EXTRADICIÓN

CARTAS DE NATURALEZA

Suspensión transitoria de su otorgamiento - 4 de julio de 1944 201

DERECHO AL TRABAJO DE ARTISTAS EXTRANJEROS

Se vulnera al exigírseles presentaciones gratuitas, como condición previa para poder obtener el permiso de actuar en el territorio del Distrito Especial - 3 de mayo de 1985 205

TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

Si bien los extranjeros no residentes en Colombia tienen derecho a recibir trasplantes, ellos deben someterse al sistema de turnos o listas de espera. Las excepciones al deber de respetar listas de espera se aplican sin consideración al origen del receptor - 8 de abril de 2010 208

TARJETA DE RESIDENCIA TEMPORAL

La decisión de la oficina de Control y Circulación de Residencia del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de no expedir el permiso a los servidores elegidos por concurso público para trabajar en la Isla, es inconstitucional e ilegal - 22 de mayo de 2008 214

EXTRADICIÓN

La prohibición de extraditar opera cuando se investiga y juzga por el mismo delito, pero la exportación e importación de estupefacientes constituyen conductas diferentes reprochables autónomamente - 15 de octubre de 2009 221

IX. COMUNIDADES INDÍGENAS

Régimen especial de derechos, prerrogativas y privilegios - 21 de mayo de 2009 223

Uso ancestral de la hoja de coca como manifestación de su derecho a la identidad cultural - 18 de junio de 2015 225

X. CONFLICTO ARMADO INTERNO

VÍCTIMAS DE SECUESTRO

Reconocimiento de salarios y prestaciones sociales para la familia que dependa económicamente del secuestrado - 11 de marzo de 1999 235

ORGANIZACIÓN ARMADA AL MARGEN DE LA LEY

Reconocimiento de carácter político - 6 de septiembre de 2001 238

INSTALACIÓN DE LAS MESAS DE DIÁLOGO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA

La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento - 4 de agosto de 2016 240

XI. CONTROL FISCAL

CONTRALORÍAS TERRITORIALES

No tienen personería jurídica ni su titular es el representante legal - 9 de diciembre de 1994 250

Si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y para obrar en los procesos contencioso administrativos - 22 de octubre de 2015 253

SUJETOS OBJETO DE CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL

No lo son las Empresas Sociales del Estado E.S.E. - 27 de mayo de 2010 256

Lo son las entidades territoriales y las entidades que las conforman con inclusión de las del sector descentralizado por servicios - 5 de marzo de 2015 259

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Deber de demandar el acto que declara fiscalmente responsable, así como los que resolvieron los recursos de reposición y apelación, en cuanto confirman dicha declaratoria - 17 de julio de 2008 267

Solo se exige demandar el acto principal en el cual no se incluyen los actos que resuelven los recursos - 20 de noviembre de 2014 269

XII. CORPORACIONES PÚBLICAS

QUÓRUM Y MAYORÍAS DE CORPORACIONES PÚBLICAS

Cada Comisión debe tener quórum decisorio para tomar decisiones - 16 de julio de 1998 272

COMISIONES CONJUNTAS

Clases de quórum y de mayorías - 5 de febrero de 2015 275

CONVOCATORIA AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA A SESIONES EXTRAORDINARIAS

No procede para examinar objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia formuladas por el Presidente de la República a un Acto Legislativo - 16 de septiembre de 2014 278

XIII. CREACIÓN DE MUNICIPIOS

SEGREGACIÓN Y AGREGACIÓN DE MUNICIPIOS

Competencia de las asambleas departamentales para segregar y agregar municipios de las Provincias - 15 de mayo de 1916 288

CREACIÓN DE MUNICIPIOS EN ZONAS DE FRONTERA

De manera excepcional se pueden crear municipios, con la autorización previa del Presidente de la República - 27 de junio de 2002 292

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO DE LOS ENTES TERRITORIALES

El acta de deslinde tiene el carácter de acto definitivo y debe ser ratificada por la Asamblea Departamental - 26 de mayo de 2011 295

CONSULTA POPULAR

La asamblea departamental no tiene la competencia para archivar un proyecto de ordenanza que contiene la decisión del pueblo - 17 de marzo de 2016 298

XIV. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

ASISTENCIA MÉDICA

Se vulneran los derechos a la vida y a la dignidad humana cuando se limita la prestación de la asistencia médica solo cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación - 10 de febrero de 1995 301

EJERCICIO DE ACTIVIDADES COMERCIALES Y POLÍTICAS EN ESPACIOS PÚBLICOS

No puede el Código de Policía de Bogotá restringir la utilización del espacio público por menores de edad con fines comerciales y políticos - 19 de marzo de 2015 303

XV. ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y DERECHOS DE LOS INTERNOS

RÉGIMEN DE VISITAS A INTERNOS

Para la concesión de la visita conyugal no puede exigirse certificación de sanidad en la que conste que el interno o interna no padece enfermedad infectocontagiosa, venérea o sida - 24 de marzo de 1995 310

Visita íntima 314

USO DE CABELLO LARGO Y BARBA

Restricción - 5 de marzo de 1998 314

MATERIAL PORNOGRÁFICO

No está prohibido su ingreso ni tenencia en establecimientos carcelarios - 5 de febrero de 2015 316

XVI. EXPROPIACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA

ACTOS OBJETO DE CONTROL JUDICIAL

Solo es objeto de control judicial el acto administrativo que decide la expropiación - 20 de febrero de 2014 320

Se unifica postura en cuanto a que no pueden haber actos exentos de control judicial - 11 de diciembre de 2015 326

INDEMNIZACIÓN POR EXPROPIACIÓN

Carácter reparatorio, justo y pleno - 14 de mayo de 2009 328

XVII. FACULTADES PRO TEMPORE O EXTRAORDINARIAS

ALCALDE MUNICIPAL

Debe ejercer las facultades pro tempore otorgadas por el Concejo Municipal dentro del término de la autorización - 13 de mayo de 2010 332

El término inicial que le fue otorgado por el Concejo Municipal para ejercer las facultades pro tempore, no puede ser prorrogado - 12 de abril de 2012 334

GOBERNADOR

Puede recibir pro tempore facultades de la Asamblea Departamental para crear unidades administrativas especiales dotadas de personería jurídica - 28 de abril de 2011 338

La Asamblea le debe otorgar las facultades por un tiempo preciso y por una única vez - 18 de julio de 2012 340

XVIII. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS

Al ser una institución de salud departamental, compete a la Asamblea Departamental de Cundinamarca y no al Presidente de la República, adoptar las determinaciones que corresponda respecto a tal hospital - 8 de marzo de 2005 346

XIX. LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

LIBRE COMERCIO

Restricción en el expendio de carne - 30 de enero de 1969 351

MONOPOLIO

No puede establecerse por acuerdo la prestación exclusiva del servicio de cremación de cadáveres humanos por el Gobierno Municipal - 15 de julio de 1994 353

ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Influencia en fijación de precios - 9 de octubre de 2003 355

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Identidad de precios de compra de arroz paddy verde - 15 de mayo de 2014 359

XX. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN

Su otorgamiento no impide que el inmueble sea declarado patrimonio cultural, histórico, arquitectónico o artístico - 12 de agosto de 1999 370

La omisión de la notificación a terceros determinados se subsana cuando estos intervienen en la actuación administrativa - 18 de julio de 2001 373

A vecinos se les debe comunicar desde la solicitud y no al concederse la licencia, tal omisión viola el debido proceso - 13 de septiembre de 2007 377

XXI. MECANISMOS DE CONTROL NATAL Y DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

A. MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS

DISPOSITIVO INTRAUTERINO (DIU)

La anticoncepción es un derecho que permite a la mujer el ejercicio y la materialización de sus derechos sexuales y reproductivos, negar a esta su acceso resulta discriminatorio - 13 de diciembre de 2005 379

PÍLDORAS ANTICONCEPTIVAS DE EMERGENCIA (PAE)

Es anticonceptivo y no abortivo al actuar antes de la concepción - 5 de junio de 2008 385

B. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE)

Su práctica en los casos establecidos por la Corte Constitucional no constituye delito. La práctica del IVE no constituye un derecho de la mujer - 13 de marzo de 2013 387

Tratándose de mujer en condición de discapacidad debe anexarse a la solicitud de IVE la certificación médica cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida - 13 de octubre de 2016 389

XXII. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Debe otorgársele la tarjeta de reservista de primera clase a la mujer cuando haya recibido instrucción en colegio militar - 9 de diciembre de 2010 391

XXIII. PODER DE POLICÍA

RESTRICCIÓN A LA UBICACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE MUJERES PÚBLICAS

Las medidas preventivas y represivas de la prostitución que se dicten, deben respetar las garantías individuales, la seguridad del domicilio y los derechos a la propiedad y al debido proceso - 6 de marzo de 1918 395

La proximidad de las casas de prostitución a templos, establecimientos educativos e industriales, plazas de mercado y a lugares en los que se ocupan jóvenes honestas, ofrece gravísimos peligros, ofende la moral y pervierte las costumbres - 25 de julio de 1921 398

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE POLICÍA

Potestad para prohibir que los menores circulen sin la compañía de sus padres o de un adulto responsable por vías, plazas, parques y lugares públicos o abiertos al público entre las 11 de la noche y las cinco de la mañana - 9 de agosto de 1996 402

Prohibición de consumir estupefacientes y sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques - 13 de marzo de 2014 409

COMPETENCIA CONCURRENTE DE REGULACIÓN NORMATIVA

El Constituyente defirió en las entidades territoriales una competencia concurrente de regulación normativa en materia de poder de policía, la cual las habilita para expedir Códigos de Policía, en todos aquellos aspectos que no tengan reserva de ley - 22 de septiembre de 2016 412

XXIV. POLICÍA NACIONAL

Uso igualitario de bigote - 16 de octubre de 2014 421

La expresión "Dios" en el escudo destaca un valor positivo que debe guiar la actividad de los integrantes de la institución - 12 de noviembre de 2015 426

XXV. POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

POTESTAD SANCIONATORIA CAMBIARIA

La autoridad sancionadora debe expedir y notificar el acto sancionatorio principal dentro del término de prescripción de la acción - 18 de julio de 1991 427

El acto que impone la sanción y el que decide el recurso forman una unidad, deben expedirse dentro del término de prescripción de la acción - 1° de noviembre de 2001 431

La autoridad sancionadora debe expedir y notificar el acto sancionatorio principal dentro del término de prescripción de la acción sancionatoria - 12 de junio de 2003 433

POTESTAD SANCIONATORIA ADUANERA

Para que no prescriba el término para adelantar la acción sancionatoria es necesario que dentro del mismo se profieran tanto el acto que pone fin a la actuación administrativa, como los que le ponen fin a la vía gubernativa, los cuales deben ser notificados dentro del mismo plazo al interesado - 13 de julio de 2000 436

La fecha a tomar como referencia para contar el término de caducidad de la acción sancionatoria administrativa es aquella en la que quede en firme el acto que ponga fin a la actuación administrativa de definición jurídica de la mercancía - 11 de julio de 2003 438

POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

La sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, sin que deban tenerse en cuenta los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa - 26 de noviembre de 2009 442

XXVI. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

AUTONOMÍA TERRITORIAL

La autonomía de las entidades territoriales está sujeta a los límites impuestos por la Carta Política y por ley, de manera que al reglamentar los usos del suelo se debe observar que el artículo 61 de la Ley 99 de 1993,

ordena que la destinación prioritaria de los bienes que declara como de interés ecológico “será la agropecuaria y forestal”- 31 de agosto de 2000 444

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Se desborda al establecer un procedimiento disciplinario para el rector desconociendo las garantías que hacen parte del debido proceso - 27 de enero de 2011 447

XXVII. RÉGIMEN CAMBIARIO

CAMBIO DE DIVISAS EXTRANJERAS

Los riesgos de las fluctuaciones del cambio de las divisas extranjeras corren por cuenta del importador - 15 de junio de 1971 449

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CAMBIARIO

Es obligatorio interponer el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa, por disposición especial - 12 de marzo de 2009 452

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

No se aplica en materia cambiaria - 16 de agosto de 2001 455

Se unifica jurisprudencia en cuanto a que se debe aplicar en todas las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario - 4 de agosto de 2016 458

XXVIII. REGISTROS MARCARIOS Y DERECHOS DE AUTOR

LICENCIA PARA EL FUNCIONAMIENTO DE ESPECTÁCULOS O DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

Su otorgamiento está condicionado a la comprobación de haber pagado, previamente, los derechos de autor - 20 de mayo de 1954 462

IMAGEN Y DENOMINACIÓN DEL DIVINO NIÑO

No es apropiable por ser un artículo sagrado para feligreses católicos - 12 de abril de 2012 466

CANCELACIÓN DEL REGISTRO POR NO USO

Al no haberse demostrado que la marca PUM COLOMBINA es notoria y tampoco poderse predicar tal circunstancia por pertenecer al grupo de Colombina S.A., la solicitud de cancelación parcial por no uso debe efectuarse bajo los presupuestos jurídicos aplicables a cualquier clase de marca común - 12 de marzo de 2009 469

La cancelación del signo “COLOMBINA IMPERIAL” por no uso no puede efectuarse, porque contiene la expresión “COLOMBINA”, marca registrada y notoriamente conocida, y el término “IMPERIAL” es algo adicional - 12 de abril de 2012 475

ACCIONES CONTRA REGISTROS MARCARIOS QUE INVOLUCRAN CAUSALES DE NULIDAD RELATIVA

Improcedencia de su desistimiento.- 20 de junio de 2013 483

XXIX. REGISTROS SANITARIOS

VIAGRA

Los derechos que surgen del registro sanitario son precarios - 4 de agosto de 2005 487

PROCESOS DE ELABORACIÓN Y ADOPCIÓN DE REGLAMENTOS TÉCNICOS

Se debe garantizar el derecho de participación en el proceso de elaboración y adopción del reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que debe cumplir la miel de abejas para consumo humano - 4 de febrero de 2016 492

XXX. SERVICIOS PÚBLICOS

SERVICIO PÚBLICO DE VIGILANCIA

No podrán funcionar en el territorio nacional empresas o sociedades privadas que tengan por objeto prestar servicios de vigilancia en calles o lugares públicos - 25 de agosto de 1970 496

FONDO DE SOLIDARIDAD PARA SUBSIDIOS Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS

Imprudencia del reconocimiento de rendimientos financieros de los subsidios que otorgan las empresas de servicios públicos- 30 de octubre de 2003 500

Rendimientos financieros e intereses en superávit de subsidios - 22 de marzo de 2007 505

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

No es superior jerárquico de las empresas sino superior funcional. Su competencia para conocer el recurso de apelación es excepcional y no se extiende a la revocatoria directa - 23 de agosto de 2007 510

XXXI. TASAS

TASA ESPECIAL DE SERVICIOS ADUANEROS TESA

La inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 633 de 2000 no afecta la liquidación y pago por las importaciones realizadas antes de la ejecutoria de la sentencia C-992 de 2001 - 30 de octubre de 2008 516

TASAS POR UTILIZACIÓN DE AGUAS

En el proceso de aprobación del programa de inversión del 1% para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, no existe la obligación previa de concertación con la autoridad ambiental con jurisdicción en la zona donde se adelanta el proyecto que involucra en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales, sujeto a la obtención de licencia ambiental - 10 de septiembre de 2015 520

XXXII. TÍTULOS DE IDONEIDAD

HOMEOPATÍA

Al convertirse en una especialidad de la medicina, quien no tiene título profesional en medicina no puede ejercerla - 30 de abril de 1981 523

PRÁCTICA DE TATUAJES Y PIERCING

Si bien deben estar Inscritos los tatuadores y piercers en un registro especial, no se les puede exigir acreditar un curso de capacitación para desarrollar sus oficios en el Distrito Capital - 29 de abril de 2015 527

MEDICINA ESTÉTICA

Los prestadores de servicio de salud no pueden exigir que se acredite título de especialista en medicina estética para realizar consulta externa - 22 de octubre de 2015 529



PRESENTACIÓN GENERAL

El Consejo de Estado cumple funciones especializadas de consulta y de control judicial sobre las actuaciones públicas. Guiado por los valores y principios de la justicia, la ética, la seguridad jurídica y la paz, ha contribuido a impulsar y transformar el Derecho Administrativo del país, de acuerdo con las corrientes de pensamiento que promueven la democracia y el mantenimiento del Estado de derecho, a mejorar la efectividad de los derechos de las personas y a preservar el orden jurídico y el buen funcionamiento de la Administración Pública.

El Consejo de Estado de la República de Colombia conmemoró su bicentenario en el año 2017. La Corporación, como parte de la celebración de este momento histórico, ofrece a la comunidad esta publicación que da testimonio de su labor desde su fundación en 1817.

El título de la presente obra, “Antología”, quiere expresar que se ha seleccionado una colección de piezas dignas de ser destacadas por su aporte al entendimiento y desarrollo de las principales figuras e instituciones del Derecho Administrativo nacional. Así, el presente trabajo identifica y recoge la jurisprudencia y los conceptos más relevantes que el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno, ha proferido a lo largo de su existencia.

La obra se encuentra conformada por seis (6) tomos, uno por cada Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, más el correspondiente a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

En lo que respecta a su contenido, el Tomo número I recopila las decisiones judiciales más importantes de la Sección Primera, que conoce de aquellos asuntos de carácter administrativo para los que no existe regla especial de competencia o que no son de conocimiento de

otras Secciones. Aborda temas tales como el acto administrativo y su control judicial, la potestad sancionatoria administrativa, las facultades extraordinarias, los servicios públicos, el poder de policía, las circulares de servicio o administrativas, la expropiación, la creación de municipios, el conflicto armado interno, las corporaciones públicas, los auxilios y donaciones, los bienes de interés general, los ciudadanos extranjeros, las comunidades indígenas, el medio ambiente, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, la libre competencia económica, los mecanismos de control natal y el derecho a la salud sexual y reproductiva, los actos de registro y los títulos de idoneidad.

El Tomo número II de la obra está dedicado a la jurisprudencia de la Sección Segunda, cuya actividad jurisdiccional se circunscribe al conocimiento y resolución de controversias de naturaleza laboral y de seguridad social. Se destacan, por tanto, decisiones relativas a la carrera administrativa, los empleados del Congreso, la Rama Judicial y la fuerza pública, el escalafón docente, el salario, la jornada de trabajo, el contrato realidad, las situaciones administrativas, el retiro del servicio, el régimen disciplinario y las pensiones de invalidez y jubilación.

El Tomo número III de la colección recopila la jurisprudencia de la Sección Tercera, que tiene entre sus funciones dirimir las controversias relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado, la contratación estatal y la anulación de laudos arbitrales. Está integrado por 2 volúmenes.

En el primer volumen se encuentran sentencias referentes a los principios de la contratación estatal, el régimen normativo aplicable al contrato estatal, los tipos de contratos estatales, los estudios previos, el pliego de condiciones, el proceso de selección, el perfeccionamiento, ejecución, terminación, nulidad, cesión y liquidación del contrato, las garantías, los poderes exorbitantes, las cláusulas excepcionales, el equilibrio económico y la responsabilidad en la etapa precontractual y contractual. Asimismo, en materia procesal se reúnen sentencias sobre la competencia del Consejo de Estado, el medio de control de las controversias contractuales, el enriquecimiento sin causa, la acción popular y la acción de repetición.

El segundo volumen está dedicado a la responsabilidad extracontractual. Contiene sentencias en relación con los diferentes regímenes y supuestos de

responsabilidad patrimonial del Estado, tales como la falla en el servicio, el daño especial, el riesgo excepcional y el daño antijurídico, así como respecto de las causales de exoneración de responsabilidad, la acción de reparación directa y la incidencia de la condena penal o disciplinaria en este régimen. Igualmente, abarca sentencias en materia de supuestos específicos de responsabilidad, entre otros, por actos terroristas, la actividad médica y hospitalaria, las actividades peligrosas, el funcionamiento de los establecimientos educativos, el servicio notarial y de registro, la administración de justicia, el medio ambiente y los eventos públicos.

El Tomo número IV presenta la jurisprudencia más relevante de la Sección Cuarta, a la que corresponde resolver asuntos de índole tributaria y aduanera. Por consiguiente, las decisiones aquí compiladas versan sobre los impuestos de renta, a las ventas, al patrimonio, industria y comercio, timbre, predial, consumo, alumbrado público, registro y vehículos. Adicionalmente, hacen parte de este tomo decisiones sobre la retención en la fuente, el gravamen a los movimientos financieros, las contribuciones especiales, el procedimiento tributario nacional y territorial, el cobro coactivo, el comercio exterior, la contribución de valorización, la participación en plusvalía y las estampillas.

El Tomo número V reúne la jurisprudencia de la Sección Quinta, que tiene a su cargo definir las controversias en materia electoral. Dentro de esta lógica, se seleccionaron decisiones judiciales referidas a aspectos procesales y sustantivos tales como la demanda y el proceso electoral, las causales de anulación, los efectos de la sentencia de nulidad, los medios de control, las autoridades, circunscripciones y garantías electorales, la trashumancia y residencia electoral, la doble militancia, el derecho al voto y los partidos políticos.

Finalmente, el Tomo número VI está integrado por los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil. Esta Sala absuelve las consultas generales y particulares que le formulan los Ministros y Directores de los Departamentos Administrativos. En este último tomo se abordan temáticas relacionadas con los principios constitucionales, los derechos fundamentales, la protección de las minorías étnicas, la nacionalidad, el conflicto armado, el medio ambiente, la organización y estructura del Estado, los servicios públicos, las inhabilidades e incompatibilidades, los conflictos de interés e impedimentos, la moción de censura, la función

pública, el régimen prestacional y de seguridad social, los bienes del Estado, la contratación estatal, el control fiscal y los regímenes presupuestales especiales.

Como se advierte, la obra revela las decisiones y dictámenes más significativos que ha proferido el Consejo de Estado desde su creación, que no son más que una muestra de dos siglos de arduo y concienzudo trabajo de la Corporación, para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos y defender el orden jurídico. Asimismo, constituyen un valioso legado dejado al país por todos y cada uno de los magistrados que nos precedieron, y son testimonio de su compromiso y esfuerzo en procura del robustecimiento de la institución. Deseamos entonces que la presente antología de jurisprudencias y conceptos, se traduzca en un aporte para las autoridades públicas, la comunidad jurídica y los ciudadanos.

De otra parte, es justo hacer expresa nuestra profunda gratitud a los Consejeros de Estado de las diferentes salas y secciones, miembros del Comité Editorial y coordinadores de cada uno de los tomos temáticos de esta obra, a los servidores de las Relatorías del Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Judicatura y su Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), y a todas y cada una de las personas y funcionarios que apoyaron y participaron en la elaboración de esta obra con gran entusiasmo, dedicación, generosidad, profesionalismo y sentido de pertenencia a la institución.

Sea esta la oportunidad, dentro del marco de la conmemoración del bicentenario, de reafirmar el inquebrantable compromiso del Consejo de Estado, guiado por los principios de eficiencia, transparencia y buen gobierno, de continuar trabajando para satisfacer las demandas democráticas de pronta y cumplida justicia, y elevar los niveles de confianza de los colombianos en el poder judicial.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente del Consejo de Estado 2017

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente del Consejo de Estado 2018

PRÓLOGO

200 AÑOS DEL CONSEJO DE ESTADO: Construcción de institucionalidad con visión hacia el futuro

En el año 2017 celebramos el bicentenario de la creación del Consejo de Estado. Por esto, la Corporación ha puesto todo su esfuerzo en la elaboración de la presente publicación, con el fin de divulgar el trabajo jurisprudencial y consultivo en sus doscientos años de existencia, en las diversas materias que se le han confiado.

El propósito de esta obra, es proporcionar elementos de conocimiento y de juicio que faciliten la comprensión de los derechos que le son reconocidos a las personas por la Constitución y la ley, cuya protección frente a las actuaciones de la Administración se le ha encomendado a esta Corporación, en su rol de garante del principio de legalidad y en ejercicio de su función de fiscalización y control judicial de la actividad estatal.

Para determinar el alcance y significado de esta obra, es menester realizar una reflexión histórica que transporte al lector a las dificultades que tuvo en su origen y a las diferentes épocas que ha vivido la institución, de manera que pueda tener un panorama de su labor en el contexto político, social, económico y jurídico del momento en que expidió determinada sentencia o concepto de esta colección, y permita, a partir de su evolución, conjeturar sobre sus retos presentes y futuros.

I. Origen del Consejo de Estado y sus vicisitudes durante el siglo XIX

Se suele afirmar que bajo la teoría de la “separación de poderes”, uno de los logros de la Revolución Francesa es la creación del sistema de control administrativo por una jurisdicción especializada y del Consejo de Estado francés el 13 de diciembre de 1799 (Constitución del año VIII, artículo 52). Fue Napoleón Bonaparte, como “Primer Cónsul”, quien lo instaló el 25 de diciembre de ese mismo año, lo cual representa uno de los antecedentes más importantes para el establecimiento del Consejo de Estado en Colombia.

Para la mayoría de quienes han estudiado la historia del Consejo de Estado, su origen más remoto se halla en el “Consejo Provisional de Estado”, instaurado por el Libertador Simón Bolívar mediante Decreto de fecha 30 de octubre de 1817, dictado en el Cuartel General de Angostura, en los siguientes términos:

“SIMÓN BOLÍVAR,

Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capitán General de sus Ejércitos y de los de la Nueva Granada...

Considerando que es imposible establecer por ahora un buen Gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal, a cuyo objeto se dirigen todos mis esfuerzos y los votos más ardientes de mi corazón, mientras no se halle libre y tranquila la mayor parte del territorio de la República, especialmente la capital, y deseando que las providencias importantes, las leyes y reglamentos e instrucciones saludables que deben entretanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública, he venido en decretar y decreto lo siguiente:

Art. 1º. Tendrá el Jefe Supremo de la República un Consejo Provisional de Estado que residirá por ahora en la capital de la Provincia de Guayana, y será compuesto del Almirante, del Jefe de Estado Mayor General, del Intendente General, del Comisario General del Ejército, del Presidente y Ministros de la Alta Corte de Justicia, del Presidente y Ministros del Tribunal de Secuestros, de los secretarios del Despacho y de los empleados siguientes de esta provincia, mientras resida en su capital, a saber: el Gobernador Comandante General, los Generales y Coroneles que estén en actual servicio en esta ciudad, el Intendente, los ministros, Contador y Tesorero y el Gobernador Político.

Art. 2º El Consejo se dividirá en tres secciones: 1ª Estado y Hacienda; 2ª Marina y Guerra; 3ª Interior y Justicia. (...).”

Como si las consideraciones del citado decreto no fueran ya suficientemente explícitas, resulta bastante elocuente sobre la intención que animaba al Libertador para establecer la institución, el discurso que pronunció durante el acto de instalación del Consejo de Estado en la ciudad de Angostura, el 10 de noviembre de 1817, en cuyos apartes se lee:

“La creación del Consejo de Estado, va a llenar las augustas funciones del poder legislativo no en toda la latitud que corresponde a la soberanía de este cuerpo, porque sería incompatible con la extensión y vigor que ha recibido el poder ejecutivo, no sólo para libertar el territorio y pacificarlo, sino para crear el cuerpo entero de la República. (...).

Señores del Consejo de Estado:

La instalación de un cuerpo tan respetable y digno de confianza del pueblo es una época fausta para la nación. El Gobierno que, en medio de tantas catástrofes y aislado entre tantos escollos, no contaba antes con ningún apoyo, tendrá ahora por guía una congregación de ilustres militares, magistrados, jueces, y administradores, y se hallará en lo futuro protegido, no solo de una fuerza efectiva, sino sostenido de la primera de todas las fuerzas, que es la opinión pública. La consideración popular, que sabrá inspirar el Consejo de Estado, será el más firme escudo del Gobierno.”

El contexto histórico en el que se expidió este decreto venía precedido del ejercicio centralizado del mando por Bolívar como Jefe Supremo del Gobierno, de manera que avizorando ese poder inmenso y absoluto, constituyó el Consejo de Estado para limitarlo y para sentar, en plena guerra de independencia, las bases que dieran luego paso a la República y a un gobierno representativo y democrático.

Al estudiar en su integridad el Decreto del 30 de octubre de 1817, así como otros documentos histórico-jurídicos que antecedieron y siguieron a la expedición del citado decreto, se puede concluir que el Consejo de Estado creado por Simón Bolívar era, ante todo, un órgano de consulta, apoyo y asesoría del “Jefe Supremo” de la naciente República, en materias políticas, militares y jurídicas, razón por la cual estaba conformado por un amplio grupo de funcionarios civiles y militares. Además, carecía de una estructura propia y permanente y de autonomía orgánica, en cuanto dependía directamente del Libertador y pertenecía, por tanto, al ejecutivo.

En relación con la naturaleza de sus funciones, podría decirse que se trataba de una mezcla de atribuciones consultivas, de coadministración y colegislativas, en cuanto debía preparar, discutir y elaborar leyes, decretos, instrucciones, decisiones y cualquier otra medida que considerara necesaria para el buen gobierno de la incipiente República. En el ejercicio de estas funciones, es importante destacar el pensamiento democrático de la Corporación desde sus inicios, como se evidencia en el hecho de que fue bajo

la orientación y la asesoría del Consejo de Estado que El Libertador Simón Bolívar, en la búsqueda de un gobierno de base popular y representativo, adelantó elecciones populares para la conformación del Congreso Constituyente instalado el 15 de febrero de 1819, cuya labor daría lugar a expedir la Constitución de 1821.

En todo caso, y a pesar de tener su origen en una situación precaria y angustiosa, en medio de la guerra de independencia y de las dificultades inherentes a dicha condición, el Consejo de Estado Provisional constituyó el origen remoto de la institución de la que celebramos este año su bicentenario, y al mismo tiempo, el inicio de la función consultiva que hoy ejerce la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En efecto, el origen de dicha función en el Estado colombiano parece coincidir con el nacimiento mismo de nuestra corporación y precedió, en casi 100 años, al nacimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la cual el Consejo de Estado es actualmente su máximo tribunal y órgano de cierre.

Para llegar a este momento, el Consejo de Estado tuvo que superar enormes dificultades, luchas y contradicciones, que incluyeron su supresión en varias oportunidades, así como múltiples modificaciones en su adscripción a las ramas del poder público, en su composición, en el origen de sus miembros y en sus funciones, tal como se mostrará en el breve recuento que se hace a continuación.

En primer lugar, se observa que ni en el Decreto Constitucional del Estado Libre de Casanare de 1818, ni en el proyecto de la Constitución de Angostura de 1819, ni en la Constitución venezolana de 1819, ni en la colombiana de 1821, aparece el Consejo de Estado.

En efecto, en el periodo posterior a la guerra que selló la independencia, en la Constitución Política de la República de Colombia, aprobada el 30 de agosto de 1821 en la Villa del Rosario de Cúcuta, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley Fundamental de la República de Colombia del 17 de diciembre de 1819, y por la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia del 18 de julio de 1821, no se previó la existencia de un Consejo de Estado, sino de un Consejo de Gobierno, compuesto por el Vicepresidente de la República, un ministro de la Alta Corte de Justicia y los secretarios de despacho (artículos 133, 134 y 135). A este órgano, sin embargo, se le asignaron funciones consultivas similares a las que habían sido otorgadas al “Consejo Provisional de Estado”.

Tiempo después, debido al fracaso de la Convención de Ocaña en expedir una nueva constitución o reformar la anterior, propósito para el cual

había sido convocada, Simón Bolívar, invocando su condición de Libertador y Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828 que, según lo ordenado por él, debía servir como ley constitucional del Estado hasta el año de 1830. Por medio de este decreto se restableció el Consejo de Estado, con ese nombre, al lado de un Consejo de Ministros. Este nuevo Consejo de Estado se encontraba conformado por el Presidente del Consejo de Ministros, los ministros secretarios de Estado y un consejero por cada uno de los departamentos de la República, y tenía como funciones las de preparar los decretos y reglamentos que debiera expedir el Jefe de Estado, presentar dictámenes al Presidente para diferentes fines (declaración de guerra, ratificación de tratados etc.), y postular las personas que tuvieran las calidades necesarias para ocupar ciertos cargos públicos, entre otras.

En resumen, en este órgano se condensaron las funciones asignadas en 1817 al Consejo Provisional del Estado, y en la Constitución de 1821, al Consejo de Gobierno.

Posteriormente, en la Constitución Política de la República de Colombia del 29 de abril de 1830 se avanzó en el diseño institucional del Consejo de Estado como órgano asesor del Gobierno nacional, y se delineó en forma más precisa la función consultiva que estaba llamado a cumplir. En efecto, allí se previó, dentro de la estructura de la Rama Ejecutiva (título VII), la existencia de un Consejo de Estado, *“para auxiliar al Poder Ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la Administración Pública...”*, el cual estaba compuesto por el Vicepresidente de la República, que lo presidía, los ministros secretarios del despacho, el Procurador General de la Nación y *“doce consejeros escogidos indistintamente de cualquier clase de ciudadanos”* (artículo 95). Entre sus funciones, se destacaban la de *“dar su dictamen para la sanción de las leyes y en todos los negocios graves y medidas generales de la administración pública...”*, así como la de *“preparar, discutir y formar los proyectos de ley que hayan de presentarse al Congreso en nombre del Jefe del Ejecutivo”* (artículo 97).

En los artículos 98 y 99 de esta Constitución se dispuso, respectivamente, que el Jefe del Ejecutivo no estaba obligado a seguir el dictamen del Consejo de Estado y que los Consejeros de Estado serían responsables ante el Senado por los dictámenes que dieran contra expresa disposición constitucional o legal.

En la Constitución Política del Estado de la Nueva Granada, dada en Bogotá el 29 de febrero de 1832, se previó la existencia de un Consejo de Estado y de un Consejo de Gobierno, ambos dentro de la estructura de la rama ejecutiva. El Consejo de Estado estaba conformado por siete (7)

consejeros nombrados por el Congreso para períodos fijos de cuatro (4) años, con renovación parcial cada dos (2) años (artículos 121 y 123). Además, se previó que no podía nombrarse más de un consejero que tuviera origen en la misma provincia. Esta composición del Consejo de Estado y la forma de elección de sus magistrados, reflejaban la necesidad de dotar a dicha institución de mayor representatividad nacional y de mayor autonomía frente al Ejecutivo.

En cuanto a sus funciones, la Constitución de 1832 avanzó en perfilar la función consultiva, al establecer que, aparte de la preparación de los proyectos de ley, al Consejo de Estado le correspondía “*preparar, discutir y formar... los códigos de legislación que hayan de presentarse al congreso*”, así como “*Consultar, dar su dictamen, prestar o no su consentimiento en los casos que designa esta Constitución*”. Vale la pena mencionar, igualmente, que en esta Constitución se previó ya la reserva o confidencialidad de algunos de los dictámenes que diera el Consejo de Estado (artículo 124).

Años más tarde, en plena guerra civil “de los Supremos o de los Conventos”, aparecieron prevenciones políticas contra el Consejo de Estado, debido a su negativa a conceder algunas facultades extraordinarias que el Ejecutivo había solicitado para aumentar los cuerpos de la fuerza pública. Ello condujo a que en 1843, durante el gobierno del General Pedro Alcántara Herrán, se recomendará, como una reacción frente a esta situación, la eliminación del Consejo de Estado en la reforma constitucional que a la sazón se tramitaba.

Fue así como se expidió la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, el 20 de abril de 1843, que abolió el Consejo de Estado y este cerró sus sesiones el 30 de septiembre del mismo año, pero mantuvo el Consejo de Gobierno y le asignó a este algunas de las funciones consultivas que tenía el Consejo de Estado (artículos 117 y 118).

En las Constituciones de 1853¹, 1858² y 1863³, de corte centro federal y federalista, respectivamente, se omitió igualmente la institución del Consejo de Estado, seguramente por el debilitamiento del poder ejecutivo y el correlativo fortalecimiento del legislativo y la mayor autonomía de las entidades territoriales.

1 Constitución Política de la Nueva Granada.

2 Constitución Política para la Confederación Granadina.

3 Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia.

Finalmente, cuarenta y tres (43) años después de su abolición y casi tres décadas de federalismo, la Constitución Política de Colombia aprobada el 4 de agosto de 1886, que le devolvió a nuestro país su carácter de república unitaria, reconstituyó de manera clara y decidida el Consejo de Estado, al cual le dedicó todo un título (el Título XIII).

En cuanto a su composición y al origen de sus miembros, se dispuso que tendría siete (7) miembros: el Vicepresidente de la República y seis (6) “vocales” (artículo 136), nombrados así: Dos (2) por el Senado⁴, dos (2) por la Cámara de Representantes⁵ y dos (2) por el Presidente de la República⁶. De esta forma, se dotó a la institución de mayor autonomía y, al mismo tiempo, mayor representatividad frente a las ramas legislativa y ejecutiva del poder público. Además, retomó el período de cuatro (4) años para los Consejeros de Estado, con renovación parcial cada dos (2) años (artículo 138).

En cuanto a sus funciones, es importante destacar que por primera vez en la historia constitucional del país, se le otorgó el doble carácter de “Cuerpo Supremo consultivo del Gobierno, en asuntos de administración”, debiendo necesariamente ser oído en todos los casos que determinara la Constitución y la ley, y máximo tribunal de lo contencioso administrativo, aunque debe aclararse que esta última calidad fue condicionada en dicho momento a que el legislador decidiera crear esta jurisdicción especializada, en los siguientes términos:

“Artículo 141

Son atribuciones del Consejo de Estado

(...)

3ª Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas si la ley estableciere esta jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación.

En este caso el Consejo tendrá una sección de lo contencioso administrativo con un Fiscal, que serán creados por la Ley.

(...)”

4 Artículo 98 numeral 2°.

5 Artículo 102 numeral 3°.

6 Artículo 120 numeral 5°.

El mismo artículo permitió expresamente al Consejo de Estado darse su propio reglamento, y previó que la ley podría señalarle funciones adicionales.

El artículo 139 *ibídem* estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado estuviera dividido en secciones, “*para el despacho de los negocios de su competencia*”, en la forma en que la ley o su propio reglamento lo establecieran.

Como se observa, estas normas representaron un avance fundamental en la institucionalización del Consejo de Estado y en el desarrollo de las funciones que hoy en día cumple, por las siguientes razones:

- 1) Se restableció el Consejo de Estado a nivel constitucional, como un organismo principal del Estado, sin adscribirlo expresamente a ninguna de las ramas del poder público, pero separado, en todo caso, del Gobierno nacional. Recuérdese que hasta ese momento, el Consejo de Estado había sido definido y regulado como un cuerpo perteneciente a la Rama Ejecutiva.
- 2) Se previó, por primera vez, la posible existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, a la cabeza de la cual estaría el Consejo de Estado. Con esto se empezó a vislumbrar la futura pertenencia del Consejo de Estado a la Rama Judicial, que sería definida más adelante por la ley.
- 3) Como se explicó en forma previa, se consagró a nivel constitucional el doble papel que vendría a jugar el Consejo de Estado más adelante, como cuerpo supremo consultivo del Gobierno y máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el ocaso del siglo XIX y en los albores del siglo XX, se expidieron algunas normas legales que pretendieron desarrollar la Constitución de 1886, en lo atinente a las funciones del Consejo de Estado.

Así, por ejemplo, la Ley 149 de 1888 (“Código Político y Municipal”) reguló el funcionamiento del Consejo de Estado y le atribuyó la competencia adicional para “*determinar el orden en que deban entrar a ejercer la Presidencia los Ministros, llegado el caso*”. Las Leyes 50 de 1894 y 18 de 1896 dispusieron sobre los suplentes de los Consejeros de Estado y la forma de llenar las vacantes que se presentaran. La Ley 163 de 1896 le asignó a la corporación la función de revisar las decisiones que en materia de contratación pública adoptara la “*comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones*”.

Como puede observarse, el siglo XIX terminó con augurios promisorios sobre el Consejo de Estado, pues no solo había sido restablecido

constitucionalmente, con mayor autonomía y con la posibilidad de ser la cabeza de una nueva jurisdicción, sin dejar de ser el “cuerpo supremo consultivo del Gobierno”, sino que la ley había empezado a desarrollar y a ampliar sus funciones básicas señaladas en la Constitución.

II. La creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la consolidación del Consejo de Estado durante el siglo XX

A comienzos del siglo XX, se expidió bajo la Presidencia del General Rafael Reyes la Ley 27 de 1904⁷, que le otorgó la competencia para resolver de manera definitiva “sobre la validez o nulidad de las ordenanzas acusadas por falta de competencia de las asambleas departamentales, o por ser violatorias de la Constitución o las leyes”. Debe resaltarse que esta atribución puede ser calificada como la primera que se le entregó efectivamente al Consejo de Estado en el campo judicial, aun antes de establecerse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De hecho, el artículo 4º de la misma Ley 27 de 1904 así lo consideró, cuando dispuso: “mientras se organiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo y se crea el empleo de fiscal de que habla la Constitución, el Consejo de Estado oirá el concepto del Procurador General de la Nación en los negocios cuyo conocimiento le atribuya la presente ley”.

No obstante, a pesar de lo dispuesto en la Constitución Política de 1886 y en las leyes que la empezaron a desarrollar, el siglo XX empezó con un hecho desafortunado para la institucionalidad del país, pues el mismo General Rafael Reyes, con el pretexto de reducir empleos y con ello, gastos, consideró innecesaria la existencia del Consejo de Estado. Algunos historiadores comentan que esta decisión se debió, en realidad, a la negativa del Consejo de Estado para autorizar algunos créditos fiscales requeridos por el Jefe de Estado para cubrir gastos de la guerra, aunque otros aseveran que se debió a la negativa de la Corporación de otorgar ciertas autorizaciones solicitadas por el ejecutivo en relación con la aplicación de la pena de muerte.

Esto hizo que Reyes convocara una “Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa”, la cual expidió el Acto Legislativo N.º 10 de 1905, mediante el cual se suprimió el Consejo de Estado y se derogó el Título XIII de la Constitución, por considerarlo un “engranaje inútil en la administración pública” y la necesidad de reducir el número de empleados para economizar recursos⁸,

⁷ “Sobre anulación de ordenanzas departamentales”.

⁸ El texto del Acto Legislativo No. 10 de 1905, era lacónicamente del siguiente tenor: “Suprímese el Consejo de Estado. La Ley determinará los empleados que deban cumplir los deberes o funciones señalados a esta Corporación. Queda derogado el Título XIII de la Constitución Nacional.” Comentan Pombo,

pese a que, más adelante, el mismo Gobierno se embarcó en un proceso de reforma de las instituciones públicas y al final de su mandato se gestará un proceso de reforma constitucional. Esto condujo a que, posteriormente, con las reformas constitucionales de 1910, se dispusiera la creación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de forma obligatoria y no ya como una mera posibilidad, en la forma que lo establecía la Constitución de 1886, si bien en ese momento no se restableció el Consejo de Estado. En efecto, el artículo 42 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910, que formaba parte del Título V, sobre la Rama Judicial, preceptuó lo siguiente: “Artículo 42. La ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa”.

Este mandato se ejecutó mediante la Ley 130 de 1913⁹, considerado el primer código contencioso administrativo del país, cuyo objeto era “la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas”.

La Ley 130, puso en marcha el modelo de dualidad de jurisdicciones, esto es, una justicia ordinaria para el conocimiento y la resolución de los conflictos entre particulares y una justicia de lo contencioso-administrativo para el conocimiento de las controversias entre los particulares y el Estado (o entre entidades públicas). Para tal efecto, señaló que esta jurisdicción sería ejercida por “el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo” (artículo 2º), sin indicar en parte alguna que el “Tribunal Supremo” se denominara Consejo de Estado, o que correspondiera a la misma corporación que había sido suprimida en 1905, sobre la base de que solo por vía de la Constitución se podía revivir la Corporación.

Bajo la Ley 130 de 1913, el juez administrativo era un juez de legalidad, que circunscribía su actividad a verificar que las decisiones administrativas no violaran la ley. Su rol era afín con la ideología del Estado liberal clásico presente en la Constitución de 1886, caracterizada por una intervención mínima del Estado, dirigida a establecer un orden normativo que permitiera el libre desarrollo de las actividades privadas y de las relaciones sociales, a garantizar y proteger los derechos individuales y la libertades públicas, así como a vigilar el cumplimiento de dicho orden.

Manuel Antonio y Guerra, José Joaquín, en *Constituciones de Colombia*, Banco Popular, pp. 275-278.

9 Este proyecto se presentó bajo el mandato del Presidente Carlos E. Restrepo, quien había conformado una comisión de abogados auxiliares de los ministerios (creada en el art. 63 de la Ley 88 de 1910) por José González Valencia, Luis Rubio Saiz y Eduardo Rodríguez de Piñeres.

El Congreso de la República, mediante el Acto Reformatorio de la Constitución expedido el 10 de septiembre de 1914, restableció el Consejo de Estado como órgano constitucional¹⁰, en forma similar a como estaba regulado en la Constitución original de 1886. Sin embargo, efectuó algunos cambios:

- El artículo 1° dispuso que en lugar del Vicepresidente de la República (figura que había sido eliminada), el Consejo de Estado sería presidido por el “Designado para ejercer el Poder Ejecutivo” y que sus otros miembros (denominados “vocales”) serían designados en la forma que señalara la ley.
- En relación con sus funciones, mantuvo en esencia las que le fueron asignadas en 1886, pero, con base en lo dispuesto por el Acto Legislativo N.º 3 de 1910 y la Ley 130 de 1913, el artículo 6° de esta reforma determinó, sin timidez, que el Consejo de Estado desempeñaría “las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señale la ley”.
- Asimismo, consagró la obligación de oír al Consejo de Estado en los casos previstos en el artículo 28 de la Constitución (detención administrativa de personas contra las cuales hubiere graves indicios de que atentaran contra la paz pública) y 33 del Acto Legislativo N.º 3 de 1910 (declaratoria de estado de sitio por guerra exterior o conmoción interior).

Posteriormente, en la Ley 85 de 1916, se le confió el conocimiento de la acción de nulidad electoral de los dignatarios elegidos popularmente al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo (artículo 189), a excepción de aquella en contra de la elección del Presidente de la República que se le asignó a la Corte Suprema de Justicia. Luego en la Ley 96 de 1920 se atribuyó el conocimiento pleno de todas estas acciones a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, competencia reiterada en las leyes 31 de 1929, 60 de 1930, 7 de 1932, en cuyo artículo 12 creó la Sala de Negocios Electorales “*para el conocimiento y decisión de los litigios electorales*”, integrada por cuatro magistrados, dos para cada partido, elegidos por el Consejo.

En ese mismo periodo se expidieron otras leyes que modificaron la composición, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Estado,

¹⁰ El proyecto fue presentado por José Vicente Concha en su calidad de Senador de la República, y quien luego sería Presidente de la República en el período de 1914-1918.

con base en estas disposiciones constitucionales, como las Leyes 34 de 1923¹¹, 70 de 1930¹², 64 de 1931¹³ y 167 de 1941¹⁴ (segundo código contencioso administrativo). Esta última ley reguló, en forma separada, las funciones consultivas, jurisdiccionales y administrativas del Consejo de Estado¹⁵. Así, por ejemplo, en relación con las primeras, el artículo 24 *ibídem* disponía:

“Artículo 24. Las funciones consultivas del Consejo de Estado se ejercen, a solicitud del Gobierno, en los casos de que tratan los artículos 24 y 117 de la Constitución Nacional.

Además, se oirá el dictamen del Consejo, a solicitud del Gobierno:

- 1. Para permitir, en receso del Senado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República;*
- 2. Para permitir la estación de buques extranjeros de guerra en aguas de la nación;*
- 3. Para dictar los decretos y resoluciones en materia electoral, a que se refiere el artículo 307 de la Ley 85 de 1916;*
- 4. Para abrir créditos al Presupuesto Nacional, conforme a lo previsto en el artículo 208 de la Constitución y en el 29 de la Ley 64 de 1931.*

El Consejo actuará como Supremo Cuerpo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración, y con tal carácter rendirá su dictamen en todos los demás casos no previstos aquí, cuando el Gobierno así lo solicite o la ley lo disponga.

Los dictámenes del Consejo de Estado no son obligatorios para el Gobierno, excepto en el caso del ordinal 49 de este artículo cuando el dictamen fuere adverso a la apertura del crédito”.

11 “Sobre formación y fuerza restrictiva del Presupuesto Nacional”.

12 “Por la cual se reorganiza el Consejo de Estado y se dictan unas disposiciones sobre juicios de nulidad ante lo contencioso administrativo”. Eliminó la existencia de las dos Salas de la corporación y entregó el conocimiento de todos los asuntos a la reunión en pleno.

13 “Orgánica del Presupuesto”.

14 “Sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa”. La elaboración del proyecto fue encargado por el Consejo de Estado a uno de sus miembros, el Consejero Ramón Miranda, quien en efecto lo redactó. Posteriormente fue sometido al estudio y aprobación de la Corporación y, luego de esta remitido por Tulio Enrique Tascón, Presidente de la Corporación para la época, al Gobierno nacional. Finalmente, fue presentada el 27 de noviembre de 1939. Cfr. Anales del Senado, Bogotá, 28 de noviembre de 1939, p. 922.

15 En 1941, con el Decreto Legislativo 4120 de diciembre 29, se incrementó el número de Consejeros de Estado de siete a diez.

Y con respecto a las funciones “administrativas”, el artículo 32 preceptuaba:

“Artículo 32. Corresponden además al Consejo de Estado, como funciones administrativas, las siguientes:

- 1. La revisión de los contratos, licencias o permisos celebrados o concedidos por el Gobierno, en los casos señalados en las leyes, y*
- 2. Hacer el nombramiento de peritos evaluadores de bienes nacionales, cuando la ley así lo disponga”.*

Con la entrada en vigencia de la Ley 167 de 1941 el papel del juez administrativo sufrió importantes cambios, toda vez que se le confirió una mayor tutela de los derechos subjetivos de las personas, ya no solo de los denominados derechos individuales, sino también aquellos derechos sociales y económicos introducidos en la Constitución mediante la reforma constitucional del año de 1936. De esta manera, al ampliarse los medios de control y la gama de derechos a proteger y su resarcimiento, el juez contencioso administrativo ya no se limitaba únicamente a juzgar los actos administrativos promulgados bajo el concepto de autoridad, pues ahora podía pronunciarse también sobre la actividad material de la administración, ampliando así notablemente su órbita de competencia de control de la administración.

La reforma constitucional de 1945 (Acto Legislativo N.º 1 de ese año), introdujo algunas modificaciones importantes en la composición y el funcionamiento del Consejo de Estado, así:

- Se defirió a la ley la determinación del número de miembros de la corporación.
- Se dispuso que la elección de los magistrados del Consejo de Estado le correspondería al Congreso de la República, de ternas presentadas por el Presidente de la República, en las cuales debía incluir, al menos, a un Consejero en ejercicio.
- Se estatuyó que el Consejo de Estado debía estar dividido en salas o secciones, para separar sus funciones como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, de aquellas otras que le correspondan en virtud de la Constitución y la ley.

- Se atribuyó a la misma corporación la facultad de escoger a su presidente.

Vale la pena comentar que el artículo 41 (nuevo) de este acto legislativo asignó a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo la competencia para “conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno”, con excepción de algunos que la misma norma señalaba. Así, al Consejo de Estado se le asignó también la tarea de juez de constitucionalidad de ciertos actos del Gobierno nacional.

Mediante el Decreto Legislativo 4120 de 1949, el Gobierno nacional dictó normas sobre la organización del Consejo de Estado, entre las cuales se destaca aquella que fijó en diez (10) el número de magistrados de esta corporación, distribuidos así: Tres (3) para la Sala de Negocios Generales y siete (7) para la Sala Contenciosa Administrativa.

La reforma constitucional de 1957, aprobada popularmente mediante el plebiscito que tuvo lugar el 1º de diciembre de ese año, implicó de nuevo cambios importantes en la organización del Consejo de Estado, que se pueden resumir así:

- Estableció la paridad política en la composición de esta corporación¹⁶, entre los partidos tradicionales (Liberal y Conservador), como ocurrió con otras importantes instituciones del Estado.
- Dispuso que los Consejeros de Estado podrían permanecer en sus cargos indefinidamente, mientras observaran buena conducta y no llegaran a la edad de retiro forzoso. De esta manera puso fin al período (de 4 años) que las normas anteriores habían fijado para los mismos magistrados.
- Señaló que las vacantes que se presentaran debían ser llenadas por la misma corporación, mediante el sistema de cooptación.

Mediante la Ley 19 de 1958¹⁷ se creó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que inicialmente en esa ley se denominó Sala de Servicio Civil, con el objeto principal de estudiar los proyectos de ley o de decreto que se sometieran a su consideración en materia de servicio civil

16 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 251 del 9 de octubre de 1957, que modificó el artículo 12 del texto indivisible (del plebiscito) incluido en el Decreto Legislativo 247 de 1957.

17 “Sobre reforma administrativa”.

(artículo 9º). Posteriormente, el Decreto Ley 1153 de 1959 estableció que la sala consultiva del Consejo de Estado estaría conformada por los mismos magistrados que integraban en ese momento la Sala de Negocios Generales.

El Decreto Ley 528 de 1964¹⁸, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 27 de 1963, determinó que el Consejo de Estado tendría diez y seis (16) magistrados y estaría dividido en dos salas generales, denominadas Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala de Consulta y Servicio Civil, como se denomina hoy en día (artículo 21), y dispuso que la primera estaría integrada por cuatro salas o secciones (artículo 22). Asimismo, el citado decreto estableció las funciones de cada una de las salas generales mencionadas. Vale la pena comentar que, entre las atribuciones a la Sala de Consulta y Servicio Civil, se encontraba la de *“decidir las cuestiones que se susciten entre la nación y uno o más departamentos o municipios, entre dos o más departamentos, o entre uno de estos y una intendencia o comisaría, o entre cualquiera de las entidades citadas y un establecimiento público, o entre dos o más establecimientos o empresas públicas, sobre competencia de facultades administrativas”* (artículo 31, numeral 5º), lo cual constituye un antecedente de la función de dirimir los conflictos de competencia administrativa que se presenten entre entidades públicas, función que más adelante se trasladó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación y que, finalmente, con la Ley 954 de 2005¹⁹, retornó a la Sala de Consulta y Servicio Civil.

Con la Ley 50 de 1967²⁰ se aumentó el número de Consejeros de Estado a veinte (20), se ratificó la integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil por cuatro (4) magistrados, designados por el Gobierno, de acuerdo con la regla de la paridad política, entre los Consejeros de Estado que hubiesen sido previamente elegidos, y se dispuso que tales magistrados no podrían tomar parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas al Consejo de Estado.

La reforma constitucional de 1968 no significó modificaciones importantes en las normas que regulaban el Consejo de Estado. Sin embargo,

18 *“Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones”.*

19 *“Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.*

20 *“Por la cual se determina el número de Consejeros de Estado y se dictan algunas normas sobre su funcionamiento”.*

en vigencia de esta reforma, se expidieron algunas leyes y decretos con fuerza de ley que asignaron nuevas funciones al Consejo de Estado. Así, por ejemplo, los estatutos de contratación pública contenidos en el Decreto Ley 150 de 1976 y luego en el Decreto Ley 222 de 1983, dispusieron la obligación de que la legalidad de ciertos contratos fuera revisada en forma previa por dicha Corporación. Asimismo el Código Electoral (Decreto Ley 2241 de 1986) le atribuyó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la función de certificar el cumplimiento de las calidades constitucionales requeridas para ser Presidente de la República, por parte de los candidatos a ocupar dicho cargo (artículo 91).

Por esta misma época se dictó el tercer Código Contencioso Administrativo, contenido en el Decreto Ley 01 de 1984²¹, en el cual se establecieron y regularon detalladamente las funciones que competen al Consejo de Estado y a cada una de sus salas: la Sala Plena, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de Consulta y Servicio Civil, se unió al Procedimiento Administrativo y a la parte contenciosa jurisdiccional, bajo pluralidad de acciones: nulidad, restablecimiento del derecho, reparación directa y contratos (modificado por el Decreto 2304 de 1989, las leyes 446 de 1998, 589 de 2000, 954 de 2005, 1107 de 2006 y la Ley 1395 de 2010).

Cabe mencionar que, aún bajo este nuevo código, se mantenía la distribución paritaria del Consejo de Estado, de acuerdo con las reglas fijadas desde el Plebiscito de 1957. Sin embargo, esta situación llegó a su fin con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2005), expedida ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, y con la sentencia C-636 de 1996²², en la cual

21 Su elaboración fue encargada a una Comisión Asesora del Gobierno creada por la Ley 58 de 1982, integrada por el Ministro de Justicia, quien la presidió (actuaron en su orden Bernardo Gaitán Mahecha y Rodrigo Lara Bonilla); Hugo Palacios Mejía, Gerente General del Banco de la República quien actuó como delegado del Ministro de Justicia; los Senadores Hugo Escobar Sierra y Jaime Castro; los Representantes a la Cámara, Benjamín Ardila Duarte y Alfonso Campo Soto (de las Comisiones Primeras Constitucionales); los Consejeros de Estado Humberto Mora Osejo, por la Sala de Consulta y Servicio Civil y Jorge Valencia Arango, por la Sala de lo Contencioso Administrativo; y, por los profesores de derecho administrativo y también Consejeros de Estado designados por la Academia Colombiana de Jurisprudencia Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez; y Jaime Vidal Perdomo, como Asesor del Ministro de Justicia. Luego se conformó un grupo auxiliar por Consuelo Sarria Olcos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Camilo Vargas Ayala, que contaron con la colaboración de Enrique Arboleda Perdomo. Finalmente, se encargó la redacción final a una subcomisión del Gobierno compuesta por el Ministro de Justicia, Rodrigo Lara Bonilla, la Secretaria Jurídica de la Presidencia Lilian Suárez Melo, Jaime Vidal Perdomo y Hugo Palacios Mejía.

22 Corte Constitucional, sentencia C-636 del 21 de noviembre de 1996, expediente D-1355.

la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, que ordenaba tener en cuenta las reglas de la paridad política en la integración de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

La expedición del Decreto Ley 01 de 1984 implicó también una modificación en el papel del juez administrativo, pues se dio paso a un sistema de protección de derechos subjetivos e intereses legítimos, que tomó en consideración el control de todos los medios de expresión de la administración: actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos de la administración. De esta suerte, la visión del juez al momento de juzgar a la administración experimentó una importante transformación que se vería reflejada en el desarrollo jurisprudencial que tendría lugar con posterioridad.

De esta manera, el Consejo de Estado se consolidó como una institución de la Rama Judicial al servicio del país y de los ciudadanos, con aportes significativos para la juridicidad colombiana, tal y como se reseña a continuación.

III. El Consejo de Estado a la vanguardia en la protección de los derechos fundamentales desde sus comienzos

A la par con la evolución histórica y normativa relatada, el Consejo de Estado y, en general, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, elaboró una jurisprudencia cada vez más rica y comprensiva, en los campos del derecho administrativo, del derecho económico (tributario, comercio exterior, aduanas, financiero, etc.) y aun del derecho constitucional, con sentencias que marcaron hitos en el desarrollo de estas áreas del derecho en nuestro país.

Así, a partir de 1915, el Consejo de Estado comenzó, de manera un tanto residual, a conocer de los procesos en los que de acuerdo con la legislación vigente se reconocieran indemnizaciones por expropiaciones realizadas por el Estado colombiano, así como el reconocimiento de recompensas y pensiones que tuvieran como antecedente la Guerra de los Mil Días (1899-1903). Por otra parte, la Ley 38 de 1918 marcó el fundamento con base en el cual la jurisdicción administrativa conoció de las controversias que oponían a la administración y a los ciudadanos por motivo de expropiaciones y daños a la propiedad privada.

Por ejemplo, también ya desde 1915, la jurisdicción, con ocasión de una demanda en la que se pedía la nulidad de una ordenanza de la Asamblea de Cundinamarca, en sentencia del 18 de junio de ese año, en relación con la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, así como con el secreto profesional a que están obligadas ciertas personas en razón de su profesión u oficio, consideró inadmisibles que para el cobro de un impuesto se pudiera imponer la obligación de ratificar bajo juramento datos sobre utilidades obtenidas y de presentar libros, certificaciones y documentos. Concluyó que no es admisible que por la vía de la efectividad de un impuesto departamental se pueda registrar la vida privada y violar el secreto profesional de las personas.

Igualmente, en una acción en la que se pedía la nulidad de una ordenanza que prohibía a determinadas personas por el ejercicio de su actividad habitar en lugares cercanos a los templos y que, además, confería a la Policía un poder discrecional para lanzarlas sin mayor formalidad o trámite, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de julio de 1921, consideró que la actuación de las autoridades en las condiciones anotadas, atentaba contra sus derechos a la libertad e inviolabilidad del domicilio y declaró la nulidad de ese acto.

Mucho antes de la Constitución de 1991, de avanzada fueron las consideraciones de la jurisdicción en cuanto a la igualdad de género. Así, en sentencia del 5 de octubre de 1943, el Consejo de Estado señaló que pese a que las mujeres no tenían la ciudadanía podían ejercer cargos en la judicatura.

En otra dimensión de garantía de derechos, en sentencia del 21 de julio de 1966, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al conocer de una demanda de nulidad contra algunos artículos del Decreto 579 de 1965, por el cual se creaba la Comisión de Textos y Materiales Escolares y el Fondo Rotatorio Nacional del Texto Escolar Gratuito, que contemplaban sanciones a las instituciones educativas que adoptaran textos distintos a los previamente inscritos en la Comisión, declaró la nulidad de las disposiciones al considerar que atentaban contra la libertad de enseñanza.

Frente a la construcción de elementos tan importantes para la participación ciudadana como son los partidos políticos, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 5 de febrero de 1974, cuando ni siquiera la Constitución contemplaba un régimen de partidos, destacó la importancia de las agrupaciones políticas para la democracia y abogó por la necesidad de su existencia. Asimismo, en sentencia de 8 de junio de 1973, dijo que el sistema electoral democrático debía tener dos características: el

imperio o gobierno de las mayorías y el “exquisito respeto al derecho de las minorías”, anticipándose en la tutela de los derechos de estas, propio de las democracias actuales.

En sentencia del 1° de agosto de 1978, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, se resaltó el principio de legalidad, indicando que “desde la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”: *“la ley no tiene derecho a prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Nadie podrá impedir lo que la ley no prohíba, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”*”.

También tempranamente la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación, en sentencia del 25 de mayo de 1978, defendió el derecho a la libertad de expresión, al estimar que el buen nombre de la administración no se deterioraba ante las opiniones que expresaran quejas por su manejo o dirección; afirmó que no se puede coartar la libertad de expresión de los gobernados, y sostuvo que la libertad de pensamiento y de palabra no podían silenciarse mediante actos o providencias represivas.

En sentencia de la Sección Tercera del 2 de febrero de 1988, en la cual se reiteró, incluso, otra de 1985, el Consejo de Estado insistió en que no puede la autoridad, bajo ningún pretexto, desobedecer la Constitución y la ley impunemente, y que es su deber acatarla, tanto en su mandato como en su formalismo. De allí que cuando ejerza irregularmente sus mandatos comprometerá con su conducta la responsabilidad del ente estatal. Arguyó que la sola razón de Estado no justifica, en principio, el desconocimiento de la legalidad ni de las garantías individuales.

Por otra parte, cuando aún ni siquiera la libertad de locomoción estaba expresamente consagrada en la Constitución de 1886, la Sección Primera de la Corporación, en sentencia del 14 de abril de 1982, hizo un importante aporte a su desarrollo, al estimar que la libertad de locomoción o circulación, también llamada “libertad de ir y venir”, es una de las fundamentales del individuo y consiste en la posibilidad de desplazamiento de una persona según su voluntad.

Aún más, desde la óptica reparatoria de los daños antijurídicos por la acción u omisión de las autoridades a las personas, ha velado por la garantía de los derechos a la vida e integridad de las personas y la igualdad de derechos, aspectos en los cuales ha hecho importantes aportes mucho antes de la Constitución de 1991, incluso superando las tesis tradicionales de responsabilidad subjetiva para dar paso a regímenes de avanzada.

Por ejemplo, en la célebre sentencia de 29 de julio de 1947, con ocasión de una demanda interpuesta por el diario *El Siglo*, cuya circulación se vio afectada por motivos de orden público, la Corporación señaló que si bien la actuación de la Administración de repeler y controlar el orden había sido lícita, había lugar a indemnizar al soportar el periódico una carga especial frente al resto de la comunidad, con lo cual privilegió además el derecho a la igualdad. O también es reconocida la sentencia del 27 de mayo de 1973 de la Sección Tercera, en la que, con ocasión de un operativo contra un peligroso delincuente (Efraín González), en cuya persecución la Fuerza Pública destruyó una casa de un tercero, determinó que, por razones de equidad y de justicia distributiva, quien ha sufrido un perjuicio causado por la administración debe ser indemnizado y, ciertamente, en el caso que allí estudió la demandante (señora Vitalia V. de Pinilla) no tenía *“por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la Administración, legítimo desde luego, al cual fue tan extraña como cualquier otro ciudadano.”*

Igualmente, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de abril de 1967, declaró la responsabilidad de la administración, con ocasión de hechos desafortunados en que incurrió para reprimir desórdenes públicos, en los que optó por utilizar medios desproporcionados, como el uso de fusiles y otras armas de guerra similares, que fueron disparados indiscriminadamente por la Fuerza Pública en contra de una manifestación estudiantil el 9 de junio de 1954.

En la misma línea garantista, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 1986 atribuyó responsabilidad al Estado por la muerte violenta de un grupo de personas por unos soldados que dispararon indiscriminadamente, al tratar de controlar unos disturbios que se presentaban durante un espectáculo deportivo (partido de fútbol), dado que consideró que no tenía fundamento el argumento esgrimido por la Administración, según el cual con la medida adoptada se había precavido una desgracia mayor y, por el contrario, juzgó que se había vulnerado el principio de la dignidad humana.

De otra parte, en sentencia del 10 de agosto de 1961, en vigencia de la citada Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado adoptó la doctrina de los “motivos y finalidades”, para distinguir y separar la acción de nulidad con la de plena jurisdicción (o de nulidad y restablecimiento del derecho), no a partir de la naturaleza propia del acto –si es de contenido particular y concreto o de contenido general y abstracto–, sino de los motivos determinantes y de las finalidades que conducen a su impugnación por la

vía de la jurisdicción contencioso administrativa, si los eran la defensa de la legalidad y la tutela del orden jurídico abstracto o fundamentalmente el restablecimiento automático de un derecho particular que se hubiera lesionado, con lo cual se hicieron interesantes planteamientos sobre el derecho de acción, superando el escollo en algunos casos de los términos de caducidad para hacer prevalecer la protección al orden jurídico y el acceso a la Administración de Justicia (aunque este último término no se hubiese citado expresamente). Coinciden algunos autores en señalar que pese a tener varios ajustes (en providencias de 8 de agosto de 1972, 2 de agosto de 1990, 26 de octubre de 1995 y 2 de marzo de 2003, entre otras, quedando consignada positivamente en el art. 137 de la Ley 1437 de 2001) se trata de la providencia más recordada a este respecto al abrir el camino para concebir esta teoría propia del contencioso administrativo.

En otro ejemplo, en sentencia del 2 de agosto de 1981, señaló que cuando una autoridad –en ejercicio de sus funciones– retiene a alguien, debe velar por sus derechos fundamentales a la vida e integridad personal, habida cuenta de que el Estado está en el deber de devolver a la persona retenida al seno de la sociedad, en las mismas condiciones en que la retuvo.

Igualmente, en sentencias del 21 de agosto de 1981 y del 16 de diciembre de 1987, condenó a la nación por casos de tortura y tratos inhumanos, a partir de lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución de 1886. Incluso, censuró el delito de la desaparición forzada, con anterioridad a la previsión de normas en el nivel constitucional, internacional y legal, en un sentido protector de las víctimas de este hecho ilícito.

Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la responsabilidad del Estado por falla del servicio en la recuperación por parte de la fuerza pública del Palacio de Justicia por la toma armada realizada por el movimiento insurgente –M-19–, ocurrida los días 6 y 7 de noviembre de 1985. En las providencias correspondientes, reprochó la omisión del Estado en la adopción de las medidas de seguridad brindadas al complejo judicial y a las personas que laboraban en el interior del recinto, así como la actuación de la fuerza pública al desplegar el operativo de resistencia y recuperación del Palacio de Justicia, sin garantizar las medidas mínimas que debían brindarse a los civiles que se encontraban en Palacio para salvaguardar sus derechos a la vida e integridad personal, razones que motivaron las condenas impuestas tendientes a indemnizar a los sobrevivientes y a los grupos familiares de las

víctimas (cfr. sentencias 19 de agosto de 1994, Exp. N°. 9276; 16 de febrero de 1995, Exps. N°. 8966 y N°. 9040; 27 de junio de 1995, Exp. N°. 9266; 29 de marzo de 1996, Exp. N°. 10920, entre otras).

Estos ejemplos, que por supuesto no excluyen miles de providencias que bajo las temáticas señaladas han sido proferidas por el Consejo de Estado, nos demuestran que, aun en vigencia de la Constitución Política de 1886, el Consejo de Estado, como cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, supo dar positiva respuesta a uno de los paradigmas de los estados constitucionales, como es el control judicial pleno de la Administración, bajo las reglas especiales del derecho administrativo y en defensa de los derechos individuales fundamentales y de las libertades públicas.

En este mismo sentido, en el campo de la función consultiva, el Consejo de Estado, bien en pleno o bien desde que se creó su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha emitido variados e importantes conceptos, que tuvieron impacto en el sector público, entre otras materias, en derecho público (constitucional y administrativo), presupuestal y hacienda pública, contratación estatal, servicio civil, electoral, laboral administrativo, municipal y departamental; y, especialmente, incidencia en la salvaguarda de los derechos de las personas.

En efecto, por vía de ejemplo, en 1830, conceptuó acerca de la inconstitucionalidad de una norma que permitía la expulsión de ciudadanos sin un proceso previo (debido proceso). Posteriormente, al reaparecer en el escenario institucional, en 1897 calificó el atributo de la nacionalidad como un derecho adquirido que no podía perderse como consecuencia de una ley posterior. Ya desde los inicios del siglo XX, específicamente en 1915, la Sala se pronunció sobre el derecho de petición, al determinar que la Corte de Cuentas no podía abstenerse de expedir una certificación solicitada por un empleado nacional en ejercicio de sus funciones. En 1922, la Sala distinguió entre personas jurídicas de derecho público y derecho privado. Un año después, en 1923, resaltó que la licitación pública era la regla general en materia de contratación pública.

Posteriormente, en 1959 conceptuó sobre la naturaleza de la actividad bancaria y en particular, si era servicio público o no, para determinar la procedencia o no del derecho a la huelga en estos servicios; en 1982 analizó el derecho de la mujer de decidir voluntariamente si quería o no asumir el apellido del marido (adopción del nombre de mujer casada); en el año de 1979, la Sala se pronunció acerca del concepto de supranacionalidad y de la incorporación de las normas de integración regional al ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, merecen ser citados en materia constitucional los conceptos emitidos entre 1989 y 1990 (números 107, 135 y 171 de 1987, 267 y 371), en los que se abordaron diferentes cuestiones y problemáticas relacionadas con la reforma constitucional y legal que instauró en Colombia la elección popular de alcaldes, así como en 1991, cuando estudió las funciones del Congreso de la República disuelto por la Asamblea Nacional Constituyente y concluyó que no podían reunirse para tramitar proyectos de acto legislativo o de ley, ni para ejercer funciones judiciales, electorales o de control político, sino solo ejercer las demás funciones administrativas que le habían sido asignadas en la Constitución de 1886.

IV. El Consejo de Estado en la Constitución Política de 1991 y en las leyes que la han desarrollado

La expedición de la Constitución de 1991 y la instauración del Estado Social de Derecho como fórmula política y jurídica del Estado colombiano, repercutieron en todas las instituciones públicas, pero, a todas luces, los cambios fueron especialmente profundos para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, desde un punto de vista cuantitativo, el “Estado Social de Derecho” le exige al juez contencioso atender numerosos asuntos adicionales, que envuelven la garantía para todos los ciudadanos de unos estándares mínimos de derechos sociales, económicos y políticos (y ya no meramente civiles o individuales), como un ingreso mínimo vital, alimentación, salud, habitación, trabajo, seguridad social, educación etc., bajo la idea de derecho y no de caridad. Desde un punto de vista cualitativo, el “Estado Social de Derecho” vinculó a este juez a un estado constitucional democrático, el cual se funda en la existencia de nuevos valores y derechos consagrados por la segunda, la tercera y la cuarta generaciones de derechos humanos; y con el cual se crearon mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

Pero no solamente emergió para el juez contencioso administrativo, como imperativo a la hora de asumir la redefinición de su cometido, la configuración de su rol social, con lo que tuvo mayores requerimientos en el plano procedimental y sustantivo, sino que el campo de acción de la jurisdicción debió adecuarse para responder a los cambios impuestos por un

modelo constitucional, que emergió como una mezcla, a veces contradictoria e irreconciliable entre instituciones que, así como defienden los avances en el respeto por los derechos fundamentales, también involucran instituciones que preservan el más puro y duro liberalismo económico.

En ese sentido, la jurisdicción, como juez de la administración, debió enfrentarse a una nueva administración pública ampliada, dentro de un modelo de economía de mercado y libertad de competencia, en el que tuvo que acudir a resolver los conflictos que se originaron con las privatizaciones, la descentralización por colaboración, la libertad absoluta de empresa, la libre competencia, la flexibilización normativa, las desmonopolizaciones, la participación de particulares en la prestación de servicios públicos, entre otros, con la consecuente obligación de hacer compatibles, en este modelo, todo un conjunto de principios constitucionales propios que orientan y rigen la función administrativa.

Es incontrovertible que con el advenimiento del Estado Social de Derecho la función del juez administrativo se tornó más compleja y su cobertura funcional se vio considerablemente ampliada.

Recordemos que otro cambio para la jurisdicción, lo representó justamente la entrada en vigencia de nuevas acciones: populares, de grupo, de cumplimiento y de tutela,²³ cuya fuente directa es la Constitución y cuyo conocimiento quedó asignado en buena parte al juez contencioso administrativo. El conocimiento de esas acciones, las orientaciones dogmáticas de la Carta Política de 1991, sus valores y principios, transformaron la forma de pensar y de actuar de los jueces, quienes antes limitaban su labor a la defensa objetiva de la legalidad; así, comenzaron a orientar también sus poderes ampliados por los mandatos superiores, a la defensa y garantía de los derechos de los asociados, con aplicación directa de sus valores, principios y reglas, sin que mediara, en muchos casos, ley al respecto, situación que de tiempo atrás se conoce comúnmente como constitucionalización del derecho.

Ciertamente, es la Constitución la que en virtud de su eficacia directa y su fuerza normativa superior, se impone a todas las personas y a los poderes públicos. Como efecto, la adaptación, reorganización y aplicación de las normas se hace conforme a los preceptos constitucionales o la interpretación y aplicación directa de estos. El resultado, una mejora en la protección jurídica de

23 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículos 86, 87 y 88, desarrolladas en el Decreto 2591 de 1991, y las Leyes 393 de 1997 y 472 de 1998.

sus destinatarios, máxime en aquellas materias en las que la Administración cuenta con discrecionalidad. De ahí que se entienda la ya clásica expresión de Fritz Werner, Presidente del Tribunal Supremo de la Alemania entre 1958 a 1969: “*el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado*”.

Ahora bien, defender los derechos fundamentales de las personas, incluyó atender no solo los derechos individuales y las libertades públicas, sino la amplia gama de derechos sociales, económicos y ambientales, lo que lo convirtió además en un juez de masas. De hecho, uno de los efectos del cambio de Constitución para la jurisdicción fue un incremento exponencial de demanda de justicia administrativa que condujo a la jurisdicción y, en particular, al Consejo de Estado, a una congestión.

Dentro de la nueva dimensión del Estado Social de Derecho, y la visión garantista, la labor del juez administrativo debió adecuarse para conducir a la realización material de justicia²⁴ y no solo a dar cumplimiento a la ley, con lo cual fue resignando su calificativo de justicia rogada. Esto marca la importancia que adquiere el juez contencioso administrativo en el Estado Social de Derecho, puesto que si bien el cumplimiento de sus fines compete a la totalidad de las autoridades, es el juez, al desatar la controversia o el caso concreto, el llamado a ser garante de la realización de la justicia material y de la preservación de los principios y valores constitucionales, como instrumento de interdicción de la arbitrariedad de la administración.

El fenómeno de la globalización del derecho, tampoco fue ajeno a la jurisdicción y desde la Constitución de 1991, se ha venido entendiendo que el control de convencionalidad es obligatorio y vinculante, por lo cual la jurisdicción contenciosa administrativa en su jurisprudencia se ha puesto en el camino de superar los conceptos e instituciones de derecho interno, para entender que la garantía de los derechos humanos, los procesos de integración y cooperación entre las naciones y los fenómenos propios de la globalización, han impactado y transformado el derecho nacional y la labor de los jueces y tribunales, quienes deben, necesariamente, aplicar también ese derecho administrativo emanado de los convenios y tratados internacionales.

Adicionalmente, como se mencionó antes, el surgimiento de un nuevo modelo de administración pública, en el que se destaca como rasgo predominante una fuerte tendencia a introducir instrumentos y formas privatistas, afectó y mutó el concepto de derecho administrativo, con

24 Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 228.

lo cual también se redefinió el perfil del juez y la vigencia de la justicia contenciosa administrativa. En el concepto de derecho administrativo clásico se entiende que este rige la actividad de la administración, la cual actúa ejerciendo una serie de privilegios y poderes exorbitantes para el cumplimiento del interés general, y se sujeta a normas diferentes a las que se le aplican a los particulares. Con la apertura constitucional, en la medida en que se otorga un papel protagónico al sector privado en las actividades industriales y comerciales, y al cual se entregan por variados mecanismos legales el ejercicio de funciones públicas, funciones administrativas y la prestación de servicios públicos, se modificó a fondo el derecho aplicado por la administración, que se vio influenciado por las normas del derecho privado, el que, en todo caso, se armoniza con los preceptos, principios y valores de la Constitución y la efectividad de los derechos de las personas.

Específicamente en relación con el Consejo de Estado, la expedición de la Constitución Política de 1991 implicó, entre otros, los siguientes cambios:

- (i) En primer lugar, y a diferencia de la Constitución de 1886, que regulaba el Consejo de Estado en un título aparte (el Título XIII), sin definir claramente su pertenencia a ninguna de las ramas del poder público, la Carta de 1991 ubicó decididamente al Consejo de Estado dentro de la Rama Judicial, como cabeza de una jurisdicción especializada: la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al regularlo en el Título VII (*“De la Rama Judicial”*), Capítulo III (*“De la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*).

Este cambio, que podría parecer de forma, implicó un paso fundamental en la autonomía orgánica y funcional de esta institución, al despejar cualquier duda que pudiera subsistir acerca de la naturaleza jurídica y la pertenencia del Consejo de Estado a la Rama Judicial, debido al origen histórico de la corporación y a su evolución normativa en la Constitución y en la ley. Lo anterior aportó igualmente claridad sobre la aplicación al Consejo de Estado, a sus funcionarios y a sus empleados, de la normatividad especial que regula la Rama Judicial y la función jurisdiccional, empezando por la contenida en el capítulo I del mismo título de la Constitución de 1991 y siguiendo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuya expedición le encomendó la misma Carta al Congreso de la República (artículo 152, literal b).

- ii) En cuanto a la composición y a la forma de designación de los miembros del Consejo de Estado, el artículo 236 de la nueva Carta Política dispuso

que esta corporación tendría el número *impar* de magistrados que determine la ley; el artículo 231 *ibídem* estableció que los Consejeros de Estado serían nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, y el artículo 233 de la misma obra preceptuó que dichos magistrados serían elegidos para períodos individuales de ocho (8) años, no podrían ser reelegidos y permanecerían en el ejercicio de sus cargos mientras observaren buena conducta, tuvieren un rendimiento satisfactorio y no llegaren a la edad de retiro forzoso. Con estas disposiciones se afianzó la autonomía y la institucionalización del Consejo de Estado, como parte integrante de la Rama Judicial, y se aisló su composición y la elección de sus miembros de cualquier consideración política, al omitirse cualquier referencia a la paridad política heredada del Frente Nacional.

- iii) En relación con sus funciones, el artículo 237 de la Constitución de 1991 las amplió y fortaleció, al incluir específica y privativamente al Consejo de Estado el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (numeral 2); la facultad de preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución, y ya no solo proyectos de ley, de códigos, de decretos o de otros actos administrativos (numeral 4); y conocer sobre la pérdida de la investidura de los congresistas (numeral 5).

En desarrollo de estas normas constitucionales, se han dictado varias leyes para regular la composición, el funcionamiento y las atribuciones del Consejo de Estado, las cuales han ido afinando su forma de organización y la manera como ejerce sus funciones. Entre tales leyes, pueden citarse la 270 de 1996, con sus modificaciones (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia), la 446 de 1998²⁵, la 964 de 2005²⁶, la 1107 de 2006²⁷ y, finalmente,

25 “Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”.

26 “Por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”.

27 “Por la cual se modifica el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998”.

la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el nuevo y cuarto Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)²⁸.

De acuerdo con la citada normativa, la función consultiva sigue siendo ejercida por medio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, conformada por cuatro (4) cuatro magistrados, y la función de impartir justicia o función jurisdiccional es llevada a cabo a través de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conformada por 27 magistrados que se dividen el trabajo en cinco (5) secciones con temas específicos: Sección Primera, que conoce de los procesos de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento que no sean asignados a otras secciones, como las controversias en materia ambiental, derechos de aduaneros, propiedad intelectual, servicios públicos, entre otras; Sección Segunda, la cual conoce de los asuntos contenciosos laborales; la Sección Tercera, la cual conoce, principalmente, de las controversias de carácter contractual que se dan entre los particulares y el Estado colombiano, así como de demandas instauradas en uso del medio de control de reparación directa, en los que se discute la responsabilidad extracontractual del Estado y también los asuntos mineros y agrarios; y Sección Cuarta, los asuntos relacionados con impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas, y la Sección Quinta, que conoce de las controversias en materia electoral.

El Consejo de Estado también cuenta con una Sala Plena de la que hacen parte la totalidad de 31 magistrados, y una Sala de Gobierno conducida por 8 magistrados.

²⁸ El Gobierno nacional, mediante el Decreto 4820 del 14 de diciembre de 2007, creó la Comisión de Reforma a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo integrada por once Consejeros de Estado; un Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; los Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, apoyada a través de un grupo de asesores. Los Consejeros de Estado miembros de la Comisión fueron: Gustavo Aponte Santos, Enrique Gil Botero, Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta y Luis Fernando Álvarez Jaramillo, en su calidad de presidentes de la Corporación, para los años 2007, 2008, 2009 y 2010; Enrique José Arboleda Perdomo, William Zambrano Cetina y Augusto Hernández Becerra, por la Sala de Consulta y Servicios Civil; Martha Sofía Sanz Tobón de la Sección Primera, Alfonso Vargas Rincón de la Sección Segunda, Ruth Stella Palacio Correa de la Sección Tercera, Héctor Romero Díaz y Hugo Fernando Bastidas Bárcenas de la Sección Cuarta, Filemón Jiménez Ochoa de la Sección Quinta y como invitado permanente Mauricio Fajardo Gómez de la Sección Tercera. La Comisión contó con el apoyo de María Elena Giraldo Gómez, Juan Pablo Cárdenas, Guillermo Chaín Lizcano y Augusto Hernández Becerra, en calidad de asesores, y Álvaro Namén Vargas, Magistrado auxiliar de la Sección Tercera, en calidad de Secretario Técnico. Concluida la labor de más de dos años se presentó el proyecto de ley el 17 de noviembre de 2009 –bajo el radicado 198-2009 -Senado-315-2010 Cámara–, y fue aprobado el 9 de junio de 2010 por el Senado y el 30 de noviembre de ese año por la Cámara, conciliándose el día 14 de diciembre de ese año.

Ahorabien, el propósito más importante que se buscó con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), fue el de adecuar, tanto el procedimiento administrativo como el proceso judicial a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, a los valores, principios y reglas de la Constitución Política de 1991, con el fin último de poner el énfasis en la garantía y protección de los derechos individuales y colectivos de las personas, además de reafirmar el control de legalidad de los actos administrativos; desarrollar y efectivizar los nuevos mecanismos de protección judicial previstos en la Carta (acción de tutela, acción de cumplimiento, acción popular y acción de grupo); facilitar y mejorar el acceso de los individuos a la administración pública y a la jurisdicción; hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las ritualidades, y garantizar los derechos de igualdad y seguridad jurídica en la producción y en la aplicación de la jurisprudencia.

Con este ánimo, el nuevo código perfiló la función del Consejo de Estado como máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en el sentido de ser, más que un tribunal de instancia (de segunda y a veces, de única), un tribunal encargado de efectuar la unificación de la jurisprudencia y el control de validez material de las decisiones adoptadas por los órganos inferiores de la jurisdicción.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 estableció como una de las funciones principales del Consejo de Estado, la de unificar la jurisprudencia en materia contencioso-administrativa; definió el alcance y los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial, tanto para la jurisdicción como su extensión para la administración pública, y reguló diferentes recursos extraordinarios, cuya competencia se asignó al Consejo de Estado, tendientes a revisar la legalidad de las decisiones adoptadas por los jueces y los tribunales y mantener la homogeneidad en la jurisprudencia, al punto que se permite al Consejo de Estado asumir el conocimiento de los procesos que se tramiten en los tribunales, por razones de importancia jurídica, económica o social, o por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

En el campo de la función consultiva y de las atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, vale la pena mencionar que el nuevo código amplió considerablemente sus competencias. A la tradicional función de emitir conceptos jurídicos en materia de administración pública, de naturaleza reservada y no vinculante, con base en consultas formuladas por el Gobierno nacional en diversos ámbitos, se le asignaron nuevas funciones

(artículo 112), como la de preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia, proyectos de acto legislativo y de ley; revisar, a petición del Gobierno, los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación; realizar los estudios sobre temas de interés para la administración pública, conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política; emitir concepto, a petición del Gobierno nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre estas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio, y ejercer control previo de legalidad de los convenios de derecho público interno con las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Cabe advertir que, nuestro modelo de Consejo de Estado que radica la función consultiva en la Rama Judicial a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, le imprime objetividad, independencia, eficacia, eficiencia y legitimidad a los conceptos que en ejercicio de tal atribución emite, como consecuencia de la autonomía orgánica y funcional de sus miembros frente al Ejecutivo.

La función consultiva, primordialmente, desde la perspectiva de nuestra Constitución Política y en desarrollo del principio de división de poderes y la colaboración armónica entre estos, si bien orienta mediante un dictamen jurídico independiente y da luces al Gobierno nacional en la conformación o ajuste a derecho de sus actuaciones, fundamentalmente sirve de freno o contrapeso para asegurar el acierto del accionar de la Administración y prevenir el ejercicio arbitrario de la autoridad, convirtiéndose en una valiosa y necesaria garantía de contención del poder para proteger la democracia y garantizar los derechos y libertades de los asociados. Asimismo, promueve la seguridad jurídica de los ciudadanos y de la administración, y contribuye a disminuir los conflictos o controversias entre estos.

Por lo demás, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la medida en que no actúa sobre la base de la potestad, está compelida a hacerlo con base en la auctoritas, pues *“...es preferible que los conceptos se acepten más por el peso de la razón, que por la fuerza de la ley...”*, como bien lo acuñó en alguna ocasión el Consejo de Estado español a propósito de la función consultiva.

En esta nueva etapa del Consejo de Estado, iniciada a partir de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia y la doctrina de la corporación han seguido creciendo, cuantitativa y cualitativamente, para atender la mayor demanda de justicia administrativa que las normas constitucionales y legales citadas han generado, como un efecto esperado de la ampliación y el fortalecimiento de los derechos de las personas y el empoderamiento de la sociedad frente al Estado, objetivos que dicha Carta buscó, así como para cumplir con los propósitos perseguidos por tales disposiciones, especialmente en cuanto a la protección y efectividad de los derechos individuales y colectivos de las personas, en el nuevo modelo de Estado Social de Derecho.

A manera de ejemplo, pueden citarse las sentencias de unificación jurisprudencial que ha proferido la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre derechos laborales y prestacionales de los empleados públicos, que han dado lugar a que dicha jurisprudencia se extienda a otras personas en varios casos, por tener los mismos supuestos fácticos y jurídicos; las sentencias de unificación emitidas por la Sección Tercera en materia de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, o la sentencia dictada en virtud de una acción popular, que ordenó establecer todo un esquema institucional y un programa plurianual para descontaminar el río Bogotá.

Asimismo, la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil ha ido avanzando, a la luz de los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Política de 1991 y en las normas legales que la han desarrollado, y de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En este campo, pueden citarse, de forma ilustrativa en tiempo reciente, los conceptos que la Sala ha dado sobre la reviviscencia de las normas derogadas, ante la declaratoria de inexecutable de las disposiciones que las derogaron, y la normatividad aplicable en materia de derecho de petición (concepto 2243 de 2015); sobre la protección constitucional y legal a las zonas de páramo y la prohibición de la minería y otras actividades económicas en dichas áreas (concepto 2233 de 2014); sobre las inhabilidades para contratar generadas por la comisión de actos de corrupción en el exterior y las medidas legislativas y administrativas que podrían adoptarse para prevenir la corrupción multinacional (conceptos 2260 y 2264 de 2015); sobre la posibilidad de que el Congreso de la República refrendara el acuerdo definitivo celebrado entre el Gobierno de Colombia y la organización insurgente de las FARC (concepto 2323 de 2016); sobre la medición de los

servicios públicos (concepto 2236 de 2016), o sobre el alcance de las funciones de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos para la solución de controversias (concepto 2293 de 2016).

V. El futuro del Consejo de Estado, en relación con sus funciones judicial y consultiva

La evolución histórica y jurídica del Consejo de Estado, desde su creación en 1817 hasta los tiempos presentes, así como su situación actual, permiten sostener que la corporación enfrenta principalmente, entre otros, los siguientes retos:

- 1) Superar la congestión que desde hace varios años enfrenta en el trámite de los procesos judiciales que le competen como máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, y que recae principalmente en los negocios que se tramitan por el sistema escritural, de conformidad con las reglas del derogado Código Contencioso Administrativo. Lo anterior implicará seguramente la creación de salas y magistrados de descongestión y efectuar una modificación profunda en las competencias de los órganos que hacen parte de esta jurisdicción, previstas actualmente en el CPACA. En esta dirección, también es necesario seguir trabajando en la implementación de la Ley 1437 de 2011, especialmente en la oralidad y en la optimización de los sistemas y herramientas de acceso a la información institucional y a los datos estadísticos que dan cuenta del trabajo y productividad.
- 2) Perseverar y profundizar en su misión de proteger y garantizar los derechos individuales y colectivos de las personas, de la mano con la evolución de la jurisprudencia constitucional, de los convenios internacionales en materia de derechos humanos, de la jurisprudencia y la doctrina de las cortes y los organismos internacionales, y de figuras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo, y los mecanismos de participación ciudadana.
- 3) Ampliar y perfeccionar su labor de unificación de la jurisprudencia administrativa, no solo en cuanto a la cantidad de fallos de esta clase que dicte, sino también en cuanto a su calidad y claridad, y con respecto a los campos o temáticas que aborden, que bien podrían cubrir la mayoría de los asuntos que constituyen la competencia de las cinco (5) secciones en que se subdivide la Sala de lo Contencioso

Administrativo. Con esto se lograría avanzar enormemente en la aplicación del principio de igualdad de las personas frente a la ley, en la seguridad jurídica, en la utilización del precedente y en la predictibilidad de los fallos judiciales. Adicionalmente, esto permitiría incrementar la utilización y la eficacia del mecanismo de extensión de jurisprudencia (arts. 10, 102 y 269 CPACA) y, en general, incentivar la solución extrajudicial de los conflictos jurídicos entre los particulares y la administración, y entre las mismas entidades públicas.

- 4) Tanto en el ejercicio de la función jurisdiccional como en el de la consultiva, se requiere masificar, implementar y utilizar efectivamente las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), con el fin de hacer más eficiente, económico y ágil el desarrollo de los procesos, las consultas, los conflictos de competencias administrativas y, en general, los asuntos sometidos al conocimiento del Consejo de Estado y toda la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Existe la necesidad de que el Consejo de Estado, con el apoyo del órgano de la administración de la rama, modernice sus sistemas, implemente el expediente electrónico, realice audiencias virtuales y en fin adelante juicios en línea.
- 5) Al mismo tiempo, el Consejo de Estado debe consolidar en la jurisprudencia las nuevas formas de actuación de la Administración, específicamente, en relación con el control del ejercicio de la función pública ejercida a través de los medios electrónicos y las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Asuntos como la expedición de actos administrativos sin soporte tradicional (en papel), la realización de notificaciones mediante mensajes de datos, la interposición de recursos por internet o por correo electrónico, entre otras situaciones que pueden darse y que se presentarán en el futuro con más intensidad, constituyen un reto para el Consejo de Estado, especialmente en su función contenciosa, para no frenar ni desestimular la utilización de las herramientas tecnológicas por parte de la administración pública y los ciudadanos, pero, al mismo tiempo, proteger y garantizar los derechos de las personas, defender la legalidad y propender por la seguridad jurídica.
- 6) Mediante la jurisprudencia y la doctrina, el Consejo de Estado debe continuar liderando y profundizando el desarrollo del derecho

administrativo en nuestro país, bajo las nuevas orientaciones filosófico-políticas planteadas por la Constitución Política de 1991, tales como la constitucionalización del derecho, incluyendo, obviamente, el administrativo; la globalización y la internacionalización del derecho, especialmente en el campo de los derechos humanos y el derecho económico; la participación del Estado en la economía, en campos y mediante instrumentos reservados anteriormente a los particulares; la desregulación y la privatización de ciertas actividades y servicios públicos; la descentralización por colaboración, para el cumplimiento de funciones públicas por parte de los particulares; el cumplimiento excepcional de funciones judiciales por parte de las autoridades administrativas, la mayor integración económica del país y la injerencia del ordenamiento jurídico supranacional, cada vez en más campos.

- 7) Igualmente, le corresponderá resolver la creciente tensión que se da, en el ejercicio de la función administrativa, entre los principios de transparencia y publicidad, que obligan a las entidades públicas a compartir sus archivos y bases de datos, a publicar mayores volúmenes de información en sus páginas de internet y a suministrar la información y los documentos que le soliciten los ciudadanos y organizaciones sociales, por una parte, y los derechos de los individuos a su intimidad, a su libertad y a su libre determinación informática (habeas data), lo cual obliga al Estado a no divulgar y proteger efectivamente sus datos personales.
- 8) En cuanto se refiere específicamente a la función consultiva y, en general, a las competencias asignadas por el nuevo código a la Sala de Consulta y Servicio Civil, constituye un reto el desarrollo de aquellas funciones nuevas que, hasta el momento, no han sido ejercidas o lo han sido solo en forma ocasional o esporádica, y que están llamadas a constituir valiosos instrumentos de justicia administrativa preventiva, tales como la de proponer soluciones a los conflictos jurídicos que se presenten entre entidades públicas, y el estudio, revisión y preparación de los textos normativos, proyectos de ley, reglamentos o compilación de normas, lo que representará una mayor seguridad jurídica, respeto de jerarquía de normas, claridad y comprensión. La doctrina de la Sala, debe constituir un marco de referencia para la prevención de la arbitrariedad de la administración y de posibles fenómenos de corrupción. También debería estudiarse la posibilidad

de consagrar normativamente el deber del Gobierno nacional de solicitar obligatoriamente concepto en ciertas materias y asuntos de relevancia e importancia e, incluso, en algunos de esos casos dotar de fuerza vinculante los dictámenes o respuestas que se emitan y permitir que otras autoridades diferentes al Gobierno nacional le consulten.

VI. Epílogo

El Consejo de Estado es una institución sólida, con una tradición como pocas en la historia de este país. Su logro más importante en estos 200 años, ha sido la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los abusos o excesos de poder, de modo que la actuación del Estado se desarrolle con sumisión al derecho.

En efecto, el recuento que se ha hecho sobre la historia y la evolución del Consejo de Estado, permite afirmar que durante su existencia ha ejercido vigorosamente una “justicia preventiva”, mediante la asesoría cualificada, independiente y oportuna al Gobierno y la creación de precedentes jurisprudenciales claros, reiterados y uniformes, así como una “justicia correctiva”, mediante la resolución de innumerables litigios en todos los campos y niveles de la administración.

Paradójicamente, el principal reto que tiene el Consejo de Estado en los años venideros es la defensa de sus funciones consultivas y jurisdiccionales, es decir, del sistema de control de la Administración. Empero, el legado de estos dos siglos de su evolución, como lo demuestran las sentencias y consultas que hacen parte de la presente obra, es su mayor fortaleza y defensa, y obligan a concluir que, antes de pensar en debilitar esta institución, construida con tantos esfuerzos y con la participación de varias generaciones de hombres y mujeres inteligentes, es menester fortalecerla para el bien del país.

Por lo pronto, la celebración de esta efeméride nos sirve de pretexto para rendir un homenaje con esta obra a la labor consagrada de nuestros predecesores que hicieron posible cada cambio institucional y, además, realizar una divulgación de la jurisprudencia y de los conceptos de esta Corporación con fines de pedagogía jurídica e institucional. La presente antología de sentencias y conceptos emitidos por el Consejo de Estado en ejercicio de sus funciones jurisdiccional y consultiva está animada de estos

propósitos. Su proceso de elaboración fue un verdadero trabajo en equipo, réplica del que la Corporación lleva realizando desde hace dos siglos, y cuyos aspectos más relevantes vale la pena resaltar así:

a) La Sala Contencioso Administrativa en cada una de sus secciones y la Sala de Consulta y Servicio Civil, liderada por un consejero designado para representarlas en el Comité Editorial, se dieron a la tarea de estudiar en la Comisión Bicentenario la metodología que utilizaría esta obra, el objetivo de la misma y la forma en que se armonizaría el trabajo de tan ambiciosa e inédita empresa.

b) En reuniones periódicas y con el apoyo permanente de las relatorías y demás funcionarios de las diferentes salas y secciones de la Corporación que colaboraron en la obra, fue posible seleccionar las sentencias y conceptos más importantes y representativos. En su edición fue necesario depurar por parte del Comité Editorial, con la ayuda de todos los colaboradores, las numerosas sentencias y consultas que fueron recopiladas, teniendo en cuenta estrictos criterios cronológicos y técnicos (periodo, novedad, originalidad, impacto, trascendencia, cambios importantes, etc.), de manera que se lograra, lo mejor posible, una muestra significativa del pensamiento del Consejo de Estado durante todas las épocas de su vida institucional.

c) El resultado es un tomo por cada sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y un volumen más de la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuyos contenidos están distribuidos de manera temática y cronológica, según el criterio y la organización que las salas decidieron y dispusieron. Adicionalmente, el compendio (que consta de siete volúmenes) se acompaña de una versión digital que permite acceder al contenido integral de todas las providencias y conceptos de la obra.

d) Cada uno de los tomos de la obra tiene dos índices: uno general de carácter temático y otro analítico, para hacer rápida y sencilla su consulta y comprensión al lector.

e) La organización temática se elaboró con la intención de que el lector pueda ver el avance en algunos de los temas seleccionados; sin embargo, es importante aclarar que no se trata de mostrar líneas jurisprudenciales o conceptuales en estricto sentido, lo cual escapa del objetivo de la obra, cual es mostrar la labor de la Corporación desde su creación.

f) También es pertinente señalar que no se incluyen en forma completa los textos de las sentencias y conceptos, sino extractos representativos de estos, lo cual no impide que pueda obtenerse su copia íntegra o hacerse su revisión total, según el caso, al tener la posibilidad el lector de acceder a la versión íntegra en el formato digital adjunto.

g) Cada extracto al comienzo está identificado con una frase (en mayúscula) que se refiere al tema general y una frase que anuncia la tesis de la sentencia o concepto cuyo extracto se publica; asimismo se indica la fecha de la sentencia o concepto y el número de radicado (incluyendo el interno entre paréntesis) del expediente o proceso del cual hace parte o el número de la gaceta en el caso de providencias y conceptos antiguos.

h) Como se podrá evidenciar, se hizo una transcripción literal de los textos de las sentencias y conceptos, esto es, sin alteraciones en su redacción, puntuación, usos ortográficos y estilos, con el fin de guardar absoluto respeto de la forma y el pensamiento original de los magistrados al tiempo de su adopción. Igualmente, los extractos fueron agrupados sin salvamentos ni pie de páginas, pues, hacerlo, implicaba una extensión considerable de la obra.

i) No se indica expresamente el nombre de los magistrados ponentes, bajo el pensamiento de que las sentencias y conceptos se adoptan en decisiones que son colectivas o corporativas. Fiel a este enunciado, al final del extracto se consignan los nombres de todos los magistrados y conjueces que intervinieron e hicieron parte de la respectiva sala de decisión en el orden y de la forma en que aparecen en la sentencia o concepto.

j) Por último, en páginas finales, y según uno de los objetivos trazados, se consideró de importancia incluir un listado con los nombres y el año de inicio del período de los Magistrados que en estos doscientos años de historia del Consejo de Estado han trabajado en la Corporación, contribuyendo con sus luces y ejemplo a darle el esplendor y prestigio de que goza en la vida institucional del país.

Cabe advertir que, pese a tener en cuenta criterios objetivos para erradicar la subjetividad inherente a toda selección, existe el riesgo de que se hayan omitido involuntariamente decisiones sobresalientes, que podrían haber sido parte de esta antología. Es decir, en el gran esfuerzo por sintetizar 200 años de trabajo de la Corporación, probablemente

varias decisiones importantes se han quedado por fuera de esta memoria inacabada, razón por la cual, de antemano, rogamos al lector excusarnos por tales omisiones, así como por los yerros y errores en los que se hubiese incurrido en el texto.

Finalmente, quiero expresar mi profundo agradecimiento a los Consejeros de Estado de las diferentes salas y secciones, a los miembros del Comité Editorial de la obra y coordinadores de cada uno de los tomos temáticos, a los relatores, a los funcionarios del CENDOJ, y a todos los servidores públicos de la Corporación que apoyaron y colaboraron para hacer realidad esta publicación.

Bogotá, D. C., 30 de octubre de 2017.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Coordinador de la Comisión del Bicentenario
Editor General de la Antología

PRESENTACIÓN

El presente tomo de la “*Antología Jurisprudencial y Consultiva – Consejo de Estado 1817-2017*”, editado con ocasión de la celebración del bicentenario de la creación del Consejo de Estado¹, compila los principales pronunciamientos de la Sección Primera. En primer término, como Sala de Negocios Generales de la Corporación, en su carácter consultivo, y, en segundo lugar, como juez colegiado de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Dicha compilación tiene como fuente inmediata los archivos de la Relatoría de la Sección Primera que datan desde 1915, después del restablecimiento del Consejo del Estado, llevado a cabo mediante el Acto Legislativo de 10 de septiembre de 1914.

Es preciso señalar que la evolución de los pronunciamientos de esta Sección está estrechamente ligada a la creación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y a su desarrollo posterior como una jurisdicción especial, independiente de la justicia ordinaria y de las demás ramas del poder público colombiano, teniendo en cuenta que su misión inicial fue y sigue siendo el conocimiento de las controversias y litigios derivados de los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones de la Administración.

En el período comprendido entre 1915 y 1920, la Sección Primera conceptuó sobre: la competencia de las asambleas departamentales para segregarse y agregar municipios de las provincias (1916); los bienes exentos del cobro del impuesto fluvial – significado común y general del impuesto fluvial (1917); las facultades de las asambleas departamentales para dictar medidas preventivas y represivas de la prostitución (1918); la conveniencia de legislar, en forma especial, para prevenir depredaciones y atropellos en la

1 En Angostura, el 30 de octubre de 1817, el libertador Simón Bolívar expidió el Decreto de creación del Consejo de Estado.

región de Arauca - Rebelión (1918); el cobro del impuesto al consumo en el departamento de Antioquia (1919); la gestión de los magistrados de la Corte de Cuentas (1920); entre otras temáticas².

Desde 1921 hasta 1931, la Sección Primera, al asumir los asuntos de la Sala de Negocios Generales³, se ocupó de proferir sentencias de nulidad electoral, tales como la nulidad de la elección de magistrados de tribunales (1921); la nulidad de la elección hecha por el Gran Consejo Electoral para miembros de los consejos electorales de los departamentos (1925); la nulidad en la elección de senadores (1925); y la nulidad de escrutinios para la elección de diputados (1930).

También conoció de la nulidad de resoluciones expedidas por la Contraloría General de la República (1925), y de las expedidas en los juicios de corte de cuentas (1926).

En ese periodo⁴ se asignaron al Consejo de Estado funciones adicionales, en algunos casos restableciendo competencias perdidas con ocasión del cese de actividades de la Corporación: fue así como se dispuso que la Sección debía expedir un dictamen previo para la apertura de créditos suplementales o extraordinarios, exigidos por la Constitución Política de 1886 (artículo 208). Estos dictámenes estaban a cargo de la Sala Plena del Consejo de Estado - Sección Primera, tal es el caso del expedido sobre el crédito suplemental pedido para continuar los trabajos de la carretera del Carare (1926 -1928).

En el registro de providencias se encuentra un pronunciamiento del año 1931, sobre el control de legalidad de ordenanzas departamentales que establecieron el impuesto sobre el consumo de tabaco y reglamentaron dicha renta.

Con posterioridad, la Ley 70 de 11 de diciembre de 1930⁵ dispuso en su artículo 1° la reunificación en dos salas del Consejo de Estado, quedando

2 Consultar la relatoría de la Sección Primera del Consejo de Estado, página web www.consejodeestado.gov.co.

3 Ley 22 de febrero 11 de 1925 “Por la cual se legalizan varios créditos extraordinarios abiertos por Decretos ejecutivos, se deroga el inciso 2o del artículo 35 de la Ley 34 de 1923, y se dictan otras disposiciones”.

4 Ver el Acto Legislativo No. 1 del 10 de septiembre de 1914 y la Ley 60 de 1914.

5 “Por la cual se reorganiza el Consejo de Estado y se dictan unas disposiciones sobre juicios de nulidad ante lo contencioso administrativo”,

todos los asuntos, tanto los consultivos como los jurisdiccionales, para conocimiento de la Sala Plena de la Corporación⁶.

A partir del año 1950, la Sección Primera ejerció su labor jurisdiccional como parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en procesos de nulidad, conociendo de demandas en ejercicio del control de legalidad, entre otros, de los decretos y resoluciones ministeriales (1950) y de los entes territoriales (1951); de las ordenanzas y acuerdos de las asambleas departamentales y los concejos municipales, respectivamente (1951), y de los decretos ejecutivos del Presidente de la República (1952).

También conoció de las demandas de nulidad en contra de las resoluciones de la Junta Central de Odontólogos (1953); de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones (1953) y, en general, de las expedidas por los centros superiores de administración pública. Asimismo, se ocupó de examinar la legalidad de las licencias para el funcionamiento de espectáculos o de establecimientos públicos (1954); y, de manera importante y novedosa, ejerció el control de legalidad de los procesos de expropiación con fines de utilidad pública - indemnización y descuentos por valorización (1953-1976).

Otro de los asuntos de los cuales se ocupó la Sección Primera de la Corporación, dentro de la versatilidad que siempre la ha caracterizado, fue de desatar los recursos extraordinarios de revisión, pero sólo en casos determinados (1955)⁷; sobre la acción de plena jurisdicción en contra de actos de carácter nacional y los alcances del restablecimiento de un derecho sin cuantía (1978); y los atinentes a la conceptualización de actos administrativos simples y complejos, los supuestos para el agotamiento de la vía gubernativa y la necesidad de demandar actos confirmatorios (1980).

En desarrollo de lo establecido en el artículo 236 de la Constitución Política de 1991⁸, en armonía con dispuesto en el artículo 36 de la Ley 270 de

6 Ver "Proceso Evolutivo y Antecedentes de los Juzgados Administrativos. El Consejo de Estado. Los Tribunales Administrativos. Los Juzgados Administrativos". Documento elaborado por el Despacho del doctor Carlos Enrique Marín Vélez. Publicación del Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá, D.C. Año 2007.

7 Sobre estos asuntos ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Providencia de 27 de julio de 1955. Rad.: 1955 - 0727. Consejero Ponente: doctor Rafael Marriaga. Bogotá,

8 Artículo 236. "El Consejo de Estado tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley. El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley. La ley señalará las funciones de

7 de marzo de 1996⁹, la Sala Plena del Consejo de Estado expidió el Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999¹⁰, a través del cual se definió que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo conoce de los procesos de nulidad de actos administrativos generales y de los de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos no asignados a otras secciones, definiendo así su carácter residual. Cabe destacar que de manera expresa dicho reglamento le asignó el trámite de las controversias en materia ambiental y el recurso de apelación contra las sentencias de los tribunales sobre pérdida de investidura y de todos los demás asuntos, para los cuales no exista regla especial de competencia¹¹.

El citado Reglamento se encuentra vigente, hoy en día, con las respectivas modificaciones realizadas por la Sala Plena de la Corporación¹².

En todos los años posteriores a la vigencia de la Constitución Política de 1991 y en vigencia, tanto del Decreto 01 de 2 de enero de 1984¹³ y de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011¹⁴, los pronunciamientos de la Sección Primera

cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna”.

9 “Estatutaria de la Administración de Justicia”.

10 “Reglamento Interno del Consejo de Estado”.

11 Temas relacionados con: derecho económico, propiedad intelectual, servicios públicos, derecho urbano, notarial y registral, responsabilidad fiscal, extradiciones, entre otros.

12 Modificado por el Acuerdo 306 de 2015, “por medio del cual se adiciona el artículo 45A del Acuerdo número 58 de 1999”, publicado en el *Diario Oficial* No. 49.723 de 11 de diciembre de 2015; Modificado por el Acuerdo 110 de 2015, “por medio del cual se modifica el artículo 45 del Acuerdo número 58 de 1999”, publicado en el *Diario Oficial* No. 49.546 de 17 de junio de 2015; Modificado por el Acuerdo 148 de 2014, “por medio del cual se adiciona y modifica el Acuerdo 58 de 1999”, publicado en el *Diario Oficial* No. 49.241 de 12 de agosto de 2014; Modificado por el Acuerdo 15 de 2011, publicado en el *Diario Oficial* No. 48.000 de 3 de marzo de 2011, “Por medio del cual se modifica el numeral 7, en los asuntos asignados a la Sección Quinta, del artículo 13 del Acuerdo número 58 de 1999”; Modificado por el Acuerdo 55 de 2003, “por el cual se expide el Reglamento del Consejo de Estado”; Modificado por el Acuerdo 140 de 2010, publicado en el *Diario Oficial* No. 47.905 de 26 de noviembre de 2010, “Por medio del cual se adicionan los artículos 14A, 14B, 14C y 14D del Acuerdo número 58 de 1999 y se agrega un nuevo inciso al artículo 1o del Acuerdo 36 de 2005”; Modificado por el Acuerdo 117 de 2010, publicado en el *Diario Oficial* No. 47.862 de 14 de octubre de 2010, “Por medio del cual se adiciona al artículo 13 del Acuerdo número 58 de 1999 un párrafo”. Modificado por el Acuerdo 55 de 2003, publicado en el *Diario Oficial* No. 45.292, de 27 de agosto de 2003; Modificado por el Acuerdo 45 de 2000, publicado en el *Diario Oficial* No. 44.559, 22 de septiembre de 2001; Modificado por el Acuerdo 35 de 2001, publicado en el *Diario Oficial* No 44.453, de 12 de junio de 2001.

13 Código Contencioso Administrativo.

14 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

están referidos a los lineamientos del Reglamento de la Corporación en lo concerniente a los asuntos que por especialidad le corresponden y en su carácter residual respecto de las demás Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como se advertirá de los contenidos del tomo, objeto de esta presentación.

En efecto, el presente tomo compilatorio de pronunciamientos jurisprudenciales fue organizado en dos grandes partes. Una General desglosada en dos títulos: el primero sobre ACTO ADMINISTRATIVO, que a su vez se subdivide en los siguientes capítulos: (i) el concepto de acto administrativo; (ii) sus clases (actos académicos y meramente académico, acto complejo, acto de ejecución, acto general, acto mixto, acto político de índole administrativa o de gobierno, acto verbal); (iii) elementos de los actos administrativos y (iv) otros aspectos tales como: acto dictado por gobierno de facto, acto expedido por funcionario de hecho o con investidura plausible, incompatibilidad constitucional sobreviniente o inconstitucionalidad sobreviniente, ilegitimidad sobreviniente, inconstitucionalidad por consecuencia, ilegalidad sobreviniente, irregularidades sustanciales y puramente formales del acto administrativo, pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teoría de la convalidación del acto irregular, purga de ilegalidad del acto administrativo, silencio administrativo negativo, acto principal y actos confirmatorios y vía gubernativa. Y el segundo, denominado CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, el cual a su vez se subdivide en tres capítulos: (i) acciones de nulidad y de plena jurisdicción; (ii) teoría de los móviles y finalidades; y (iii) nulidad parcial cualitativa.

La otra gran división de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sección Primera compilados es la denominada PARTE ESPECIAL. Dicha parte, a su vez, se subdivide en 32 capítulos, a saber: (i) actos de registro; (ii) asuntos aduaneros y comercio exterior (proceso administrativo de decomiso de mercancía, proceso judicial por decomiso de mercancía, junta de comercio exterior; (iii) asuntos ambientales (Corporaciones Autónomas Regionales, explotación de recursos naturales de territorios indígenas – consulta previa); (iv) asuntos de transporte (transporte terrestre de pasajeros, tarifas de los comisionistas de transportes; (v) auxilios o donaciones; (vi) bienes de interés general; (vii) circulares de servicio o administrativas; (viii) ciudadanos extranjeros, permisos de residencia temporal y extradición (carta de naturaleza, derecho al trabajo de artistas extranjeros, trasplante de órganos y tejidos humanos, tarjeta de residencia temporal, extradición; (ix) comunidades indígenas; (x) conflicto interno armado

(víctimas de secuestro, organización armada al margen de la ley, instalación de las mesas de diálogo para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera); (xi) control fiscal (contralorías territoriales, sujetos objeto de control fiscal posterior excepcional, proceso de responsabilidad fiscal); (xii) corporaciones públicas (quórum y mayorías, comisiones conjuntas, convocatoria congreso de la república a sesiones extraordinarias); (xiii) creación de municipios (segregación y agregación de municipios, creación de municipios en zonas de fronteras, deslinde y amojonamiento de los entes territoriales, consulta popular); (xiv) derechos de niñas, niños y adolescentes (asistencia médica, ejercicio de actividades comerciales y políticas en espacios públicos); (xv). establecimientos carcelarios y derechos de los internos (régimen de visitas a internos, uso de cabello largo y barba, material pornográfico); (xvi) expropiación por vía administrativa (actos objeto de control judicial, indemnización por expropiación); (xvii) facultades pro tempore o extraordinarias (alcalde municipal, gobernador); (xviii) Hospital San Juan de Dios; (xix) libre competencia económica (libre comercio, monopolio, actos contrarios a la libre competencia económica, acuerdos contrarios a la libre competencia); (xx) licencia de construcción; (XXI) mecanismos de control natal y derecho a la salud sexual y reproductiva (métodos anticonceptivos, interrupción voluntaria del embarazo. IVE, (XXII) perspectiva de género; (xxiii) poder de policía (restricción a la ubicación de las viviendas de mujeres públicas, autoridades administrativas de policía, competencia concurrente de regulación normativa); (xxiv) Policía Nacional; (xxv). potestad sancionatoria (potestad sancionatoria cambiaria, potestad sancionatoria aduanera, potestad sancionatoria administrativa); (xxvi) principio de autonomía (autonomía territorial, autonomía universitaria); (xxvii) régimen cambiario (cambio de divisas extranjeras, procedimiento administrativo cambiario, principio de favorabilidad); (xxviii) registros marcarios y derechos de autor (licencia para el funcionamiento de espectáculos o de establecimientos públicos, imagen y denominación del divino niño, cancelación por no uso de la marca, acciones contra registros marcarios que involucran causales de nulidad relativa); (xxix) registros sanitarios (viagra, procesos de elaboración y adopción de reglamentos técnicos); (xxx) servicios públicos (servicio público de vigilancia, fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos, superintendencia de servicios públicos); (xxxii) tasas (tasa especial de servicios aduaneros - TESA, tasas por utilización de aguas); y (xxxii) títulos de idoneidad (homeopatía, práctica de tatuajes y piercing, medicina estética).

En este sentido, esperamos que el presente tomo constituya una herramienta de gran utilidad para que tanto la comunidad jurídica como los ciudadanos, en general, conozcan la trascendente labor de la Sección Primera del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en la consolidación del Estado de Derecho a través del ejercicio del control de legalidad de la actuación de la Administración Pública.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado
Presidente Sección Primera

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

PARTE GENERAL

I. ACTO ADMINISTRATIVO

A. CONCEPTO

Son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir efectos jurídicos

24 de septiembre de 1971

Radicación: CE-SEC1-EXP1971-N1389

...«II. **Las consideraciones de la Sala.** La Sala considera, de acuerdo con la vista Fiscal, que la cláusula acusada de nulidad no constituye un acto administrativo que le permita proveer en el fondo, conforme a los siguientes motivos:

a) Según la doctrina, los actos administrativos “son declaraciones de voluntad de la administración destinadas a producir efectos jurídicos” (Enrique Sayagués Lasso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 281), o de personas u órganos distintos de la Administración, si actúan en función administrativa. Se comprenden en este concepto todos los actos administrativos, por el órgano o el contenido, habida consideración de que, en el régimen jurídico colombiano, aunque prevalece en su determinación el criterio orgánico, por excepción tiene también aplicación el material o de fondo, como sucede, por ejemplo, con los actos de elección o nombramiento que, cualquiera que sea el órgano que los dicte, se definen por la ley como administrativos, o, a contrario sensu, con los actos a que se refieren los Arts. 76. Ords. 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución, reputados por el Art. 214 ibídem como leyes en sentido material aunque dictados por el Gobierno Nacional.

b) Por tanto, para que exista acto administrativo se requiere, entre otros requisitos, que el funcionario u órgano que obra en función

administrativa exprese su voluntad con la finalidad de producir un efecto en derecho, como sucede con todos los actos jurídicos, en forma de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas generales o particulares o de colocar a una o más personas determinadas en situaciones jurídicas estatutarias. Por ello los países de “régimen administrativo” se caracterizan por el poder de la Administración de dictar actos unilaterales y obligatorios y de obrar material y unilateralmente en interés público (Jean Rivero, Droit Administrative, Pag. 11); y, recíprocamente, los particulares pueden ocurrir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en interés de la legalidad o en defensa de sus derechos, civiles o administrativos, violados o desconocidos por actos o hechos de la administración.

c) Pero, en el caso sub judice, la cláusula 25-C “de las condiciones generales de contratación de la Dirección General de Construcción División de Programas y Contratación del Fondo Vial Nacional”, como así se expresa en la demanda, no es acto administrativo susceptible del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a saber:

1. Como sostiene el señor Fiscal 1o, el impreso denominado “condiciones generales de contratación”, que comienza con una “Sección C” sobre “normas generales”, no se encuentra suscrito ni fue autorizado por funcionario alguno;

2. Por el contrario, según constancia del señor Ministro de Obras Públicas, que reitera el Jefe de la División de Programas y Contratación del mismo Ministerio, “ni el Ministerio de Obras Públicas ni el Fondo Vial han producido acto administrativo alguno que regule las relaciones contractuales para ejecución de obras públicas en forma general”;

3. Ciertamente que en algunos de los contratos celebrados por el Fondo Vial Nacional se estipuló la cláusula a que se refiere la demanda, pero ello sólo demuestra ese hecho, no su vigencia como acto creador de situación jurídica general, como se sostiene en el libelo;

4. Por tanto, “las condiciones generales de contratación”, en las cuales se comprende la cláusula 25-C, no constituyen acto administrativo, sino apenas el “pliego de condiciones” que el Ministerio de Obras Públicas y el Fondo Vial Nacional someten a los concursantes particulares, cuya obligatoriedad radica en el acuerdo de voluntades del contrato que consiguientemente se celebre, no en que sea decisión administrativa general y obligatoria.

d) En calidad la ley prevé la posibilidad de que se elabore un modelo de contrato “que el gobierno adopte por medio de decreto” para los contratos que celebre la Nación con las demás entidades públicas (Arts. 32 del Decreto-ley No. 1050 de 1968 y 6o., numeral 2o., del Decreto- ley No. 550 de 1960); pero, en primer lugar, ello con la finalidad, prevista en el Art. 20 de la ley 19 de 1958 (Art. 31 del Decreto-ley No. 1050 de 1968), de desconcentrar en entidades oficiales las funciones del Gobierno Nacional en la construcción de obras públicas; además, aunque el correspondiente modelo se aprobó por Decreto No. 1779 de 1960, se dispuso en el mismo que a él deben ceñirse “en lo posible” las estimulaciones contractuales, es decir, que, aunque aprobado por decreto, puede variarse, dentro de los límites legales, por acuerdo de las partes.

e) En conclusión la relación jurídico-procesal se trabó sobre acto inexistente, por lo que la Sala no puede dictar sentencia de mérito, que debe fundarse en la confrontación del acto acusado con las disposiciones invocadas como violadas; tal fue también, a este respecto, el criterio de la Sección 4a. de esta Sala en sentencia de 29 de octubre de 1970...».

*Jorge Dávila Hernández, Alfonso Arango Henao,
Lucrecio Jaramillo Vélez, Humberto Mora Osejo.*

B. CLASES

ACTOS ACADÉMICOS Y MERAMENTE ACADÉMICOS

*Solo el acto académico es susceptible de control judicial
por producir efectos jurídicos*

16 de diciembre de 1994

Radicación: CE-SEC1-EXP1994-N2710

...«[E]xisten actos expedidos por las Instituciones de Educación Superior, sean privadas u oficiales, que por ser consecuencia del ejercicio del cumplimiento de una función administrativa -la de educación-, tienen el carácter de administrativos y por lo mismo son susceptibles de enjuiciamiento ante esta jurisdicción.

Tal es el caso, por ejemplo, del acto por medio del cual una universidad se abstiene de otorgar un título universitario, o como el que se ventiló en el expediente No. 1968 que dio lugar a la sentencia de 30 de abril de 1993, proferida por esta Sección, con ponencia del Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, por el cual una Universidad Privada negó en forma definitiva la ratificación de un grado de abogado. Sobre este aspecto precisó la Sala:

“...Cuando las instituciones privadas de educación superior expiden o se abstienen de expedir un título, lo están haciendo en uso de una facultad que no es producto ni de la libertad de enseñanza ni de la autonomía... y cuyo ejercicio implica, necesariamente, el cumplimiento de una función pública”.

Y no podría considerarse de otra manera ya que en el acto que resuelve sobre el otorgamiento de un título Universitario se materializa la finalidad de la función administrativa de la educación, como quiera que se ingresa a una Institución de Educación Superior precisamente con miras a

obtener un título que permita el ejercicio de determinada profesión y, por lo mismo, trasciende lo meramente académico para involucrarse en el ámbito administrativo.

Pero un asunto diferente es el relativo a otros actos, que aunque emanados del ejercicio de dicha función administrativa, no pueden tener la connotación de administrativos sino netamente académicos que, por lo mismo, escapan al control de esta jurisdicción. Son tales, por ejemplo: el señalamiento del calendario académico, los planes de enseñanza e investigación, el sistema, forma y criterio de calificaciones, de exámenes y de matrículas, entre otros, pues dichos aspectos tienen que ver con el fuero interno de las Instituciones de Educación Superior, ya que son la máxima expresión de su autonomía y forman parte del reglamento que gobierna las relaciones entre la Institución y sus educandos, debiendo, en consecuencia, la primera, en virtud del compromiso que adquiere, cumplir con la obligación de educar, y, correspondiéndole a los segundos, sujetarse a las disposiciones de aquel.

Sobre este punto, esta Corporación en providencia de 22 de marzo de 1985, con ponencia del Consejero doctor Miguel Betancur Rey, hizo las siguientes observaciones, que la Sala prohija en esta oportunidad:

“...No todos los actos de las entidades oficiales están sujetos a control jurisdiccional. ¿Será posible, por ejemplo, que ante el Consejo de Estado se demande la calificación “reprobatorio” de un examen de anatomía presentado por un estudiante de universidad oficial y como restablecimiento del derecho se pida que el Consejo, en su sabiduría médica, ordene a la Universidad asignar al actor una “aprobatoria”? ¿Será posible solicitar al Consejo de Estado que ordene a la Universidad Nacional modificar las conclusiones técnicas a que llegó en la investigación sobre desbordamientos del río Magdalena? No todo acto proveniente de organismos oficiales tiene carácter administrativo, aún dentro de ámbitos en que la ley haya guardado silencio sobre ellos. Pero en el caso de los actos académicos no guardó silencio: distinguió entre estos y los actos administrativos...” (Código Contencioso Administrativo, página 16 1, Mario Madrid - Malo G. 1a. Edición 1985)...».

**Yesid Rojas Serrano, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.**

ACTO COMPLEJO

Deber de demandar su integridad jurídica. Concepto

15 de octubre de 1964

Radicación: CE-SCA-EXP1964-N1015

...«La sanción es parte integrante de la Ordenanza, es un presupuesto para la validez del acto administrativo en cuyo proceso de formación concurren las voluntades de la corporación que la expide y del órgano que la sanciona, que comúnmente es el Gobernador del Departamento y excepcionalmente el Presidente de la misma Asamblea, voluntades que se fusionan para producir un acto único. La Ordenanza es por eso un acto complejo, porque consta de una serie de actos que concurren a integrar la voluntad administrativa dirigida a un mismo fin.

El Profesor Manuel María Diez, refiriéndose a los actos administrativos complejos, expresa:

“Los actos complejos son los que resultan del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla, o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene facultad para adoptar una resolución, pero ese poder no podría ejercerse válidamente, sin el concurso de otro órgano. Así, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los ministros refrendarán y legalizarán los actos del Presidente de la Nación por medio de su firma, sin la cual carecen de eficacia (art. 87, Cons. Nac).

“El Decreto, en consecuencia, resulta del concurso y fusión de dos voluntades desiguales, la del Presidente de la República y la de los Ministros que integran la voluntad del Presidente. En este supuesto como la voluntad de un órgano es jurídicamente prevalente, nos encontramos con un acto complejo desigual.

“Habrá fusión de voluntades cuando cierto poder se atribuye en forma igual a varios órganos que deben participar en la formación del acto. Así la sanción de las leyes deriva de la fusión de voluntades del Congreso y del Poder Ejecutivo (art. 69, Const. Nac). En este supuesto del Poder Legislativo y el Ejecutivo concurren con igualdad de condiciones, desde el punto de vista jurídico, a la formación de la ley. En estos casos se produce un acto complejo igual y los órganos pertenecen a un mismo ente.

“Por lo demás, cuando las voluntades concurrentes a la formación del acto complejo pertenecen a la misma entidad, se dice que se trata de un acto complejo interno. Si las voluntades pertenecen a distintos entes habrá complejidad externa; en este caso el acto complejo se llama también acuerdo”. (El Acto Administrativo, Segunda Edición, 1961, págs. 124 y 125).

Ahora bien, reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando se trata de un acto complejo, es decir formado por una serie de actos con la concurrencia de diversas voluntades, como el acto es único, debe acusarse en su total complejidad, aunque el vicio solo afecte a uno de los actos que lo integran, porque habiendo unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para producirlo, la serie de actos que lo integran no tiene existencia jurídica separada e independiente. El acto que se firma es un acto único es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto.

“Así, pues, cuando, por ejemplo, se considera que está viciada de ilegalidad la sanción de una ordenanza, se debe demandar la ordenanza por la ilegalidad de su sanción, pues esta es parte integrante de ese acto administrativo complejo. La ordenanza y su sanción forman un solo acto”.

La doctrina anterior ha sido la tradicional del Consejo y la Sala no encuentra fundamento para rectificarla. Si no hay ordenanza sin sanción y esta no puede existir sin aquella, pues, son dos actos inseparables que forman un solo acto administrativo que se llama ordenanza departamental, es esta en su integridad jurídica la que debe ser demandada o acusada cuando su sanción es ilegal y no simplemente esta última, como si fuera un

acto que pudiera existir independientemente. Porque bien sea el articulado de la ordenanza el ilegal o bien lo sea su sanción, lo que se anula es el acto completo en ambos casos, aunque en el primero la sanción no adolezca de ilegalidad y no la tenga el articulado de la ordenanza, en el segundo, pues no debe olvidarse que la acción de nulidad contra los actos administrativos procede tanto por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad como por haber sido expedidos en forma irregular (art. 66 del C.C.A.).

En consecuencia, en el caso de autos debe declararse probada la excepción de inepta demanda por haberse acusado la sanción y no la ordenanza, y por tanto la Sala habrá de reformar la sentencia de primera instancia porque omitió declarar la excepción aunque reconoció implícitamente en su parte motiva...».

*Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutiérrez,
Alejandro Domínguez Molina, Francisco Eladio Gómez G.,
Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D.*

ACTO DE EJECUCIÓN

*Es susceptible de control judicial cuando va más allá de la decisión
que le sirve de sustento*

4 de septiembre de 1997

Radicación: CE-SEC1-EXP1997-N4598

...«Sea lo primero advertir que aun cuando a primera vista podría pensarse que por contener el acto administrativo acusado la decisión de dar cumplimiento a una providencia judicial pudiera estar enmarcado dentro de los actos de ejecución, no susceptibles de enjuiciamiento ante esta Jurisdicción, habida cuenta que de tal acto se predica en la demanda que no se limitó a dar cumplimiento a una decisión judicial sino que, además, impuso obligaciones a la sociedad actora no previstas en la sentencia a ejecutar que le sirvió de fundamento, ni en norma legal alguna, en cuanto a este aspecto se refiere no puede considerarse el mismo como un simple acto de ejecución, razón por la cual es pasible de enjuiciamiento a través de la acción instaurada...».

*Manuel S. Urueta Ayola, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACTO GENERAL

Oponibilidad

26 de noviembre de 1993

Radicación: GE-SEC1-EXP1993-N2575

...«Respecto de la promulgación y publicación de los actos administrativos de carácter general, como requisito para entrar a regir, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que ella solo se impone en la medida en que afecten los derechos de los gobernados, pero no así cuando contengan medidas internas para la misma Administración, pues ellos pueden cumplirse sin necesidad de tal requisito, siempre que lleguen por otros medios al conocimiento de sus destinatarios (Sentencia de 15 de septiembre de 1943, Anales del Consejo de Estado, Tomo LI, números 329 - 334, Pág. 184; Sentencia de 22 de octubre de 1974, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente doctor Humberto Mora Osejo, Actor: Juan Manuel Bravo Arteaga, Exp. No. 2304, Anales del Consejo de Estado, T. LXXXVII, números 443 y 444, Págs. 371 a 379).

En el expresado sentido también se pronunció esta Sección en sentencia de 30 de julio de 1993, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano, Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo, Exp. No. 2262, y auto de 29 de octubre de 1993, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor Víctor Alfonso Estupiñán Perdomo, Exp. No. 2655.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra que lo expresado por esta Corporación y concretamente, por esta Sección en las providencias atrás reseçadas tuvo su origen en la interpretación jurisprudencial de los artículos 52, 53 y 109 de la Ley 4a. de 191 - 3 43 del Decreto 01 de 1984, entre otros, normas que no son las únicas aplicables al asunto sub júdice, por lo cual el análisis de la legalidad de la Ordenanza acusada no puede hacerse

válidamente desde dicha óptica jurisprudencial, toda vez que ella tuvo su origen en un Decreto del Gobernador del Departamento del Tolima, que si bien estaba dirigido al interior de la misma Administración y su destinatario tuvo oportuno conocimiento, requería, por expreso mandado de la ley, de su previa publicación como condición indispensable para que produjese efectos jurídicos, es decir para que empezase a regir y, en tal virtud, pudiese servir de sustento a dicha Ordenanza.

En efecto, como oportunamente lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto admisorio de la demanda, en cuanto en él se decretó la suspensión provisional de los efectos de la Ordenanza acusada, la simple preexistencia del Decreto 1153 de 5 de agosto de 1992 no constituye, por sí misma, su sustento constitucional frente al artículo 305 - 12 de la Carta Política, cuya violación se predica en la demanda, toda vez que respecto de dichos actos del Gobernador los artículos 330 literal c) y 333 del Decreto 1222 de 1986, que codificaron los artículos 5o. literal c) y 8o. de la Ley 57 de 1985, consagran que ellos solo regirán después de la fecha de su publicación” en el “Boletín o Gaceta Oficial” de los departamentos, es decir, que sus mandatos, independientemente de sus destinatarios, solo producen efectos jurídicos después de su publicación, como expresamente también lo dispone el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986 que codificó el artículo 1o. De la Ley 57 de 1985. Y si el Decreto 1153 de agosto de 1992 sólo se publicó en el órgano de publicación oficial del Departamento del Tolima el día 21 de octubre de 1992, como se encuentra acreditado en el proceso, ello implica que la Asamblea no podía fundamentar en él la expedición de la Ordenanza No. 009 de 20 de agosto del citado año.

En la mencionada providencia, la Sala expresó lo siguiente (fls. 4 a 8 Cdns. No. 3):

“Luego de analizar y sopesar jurídicamente las razones expuestas en la solicitud de la medida precautelativa, en el auto materia de apelación y en el escrito de interposición del recurso, la Sala considera que la decisión de suspender provisionalmente los efectos del acto demandado ha de ser mantenida y, en tal virtud, habrá de confirmarla.

“En efecto, en casos como el que se analiza la preexistencia del Decreto No. 1153 de 5 de agosto” de 1992 no puede constituir, por sí sola, el sustento de la constitucionalidad del acto acusado, ya que si de conformidad con los artículos 5o. y 8o. de la Ley 57 de 1985, en concordancia con el artículo 333 del Decreto 1222 de 1986, los decretos, del Gobernador solo rigen después de la fecha de su publicación,

y la misma parte demandada afirma y acompaña la prueba de que tal hecho se produjo, el día 21 de octubre de 1992, es decir, dos (2, días después de notificado personalmente el auto, admisorio de la demanda, como consta a folio 16 Vto. del Cdo. No. 2, no cabe el menor asomo de que el acto suspendido provisionalmente se expidió con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto mediante el cual se incluyó como tema de estudio en las sesiones extraordinarias de la Asamblea del Tolima el que se regula por la Ordenanza demandada, razón esta que lleva a la Sala a considerar que, por este mismo aspecto, además de violar el artículo 305, numeral 12 de Constitución, también la Asamblea obró por fuera, del estricto marco de competencia que le fue fijado en el Decreto de convocatoria a dichas sesiones extraordinarias, incurriendo así en violación del artículo 300, numeral 11 de la Carta.

“Además, de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986 señala la obligación de la Nación, de los departamentos y municipios de dar oportuna publicidad a todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades, y los demás que según la ley debe publicarse para que produzcan efectos (subraya la Sala).

“Sobre el tema en estudio también se ha pronunciado los doctrinantes de Derecho Administrativo, en los siguientes términos:

“Es un principio general de derecho administrativo el que el acto administrativo; de carácter general o individual, no es obligatorio ni por consiguiente ejecutable u oponible a los administrados, mientras no se haya llevado al conocimiento de éstos por cualquiera de los medios previstos en la ley positiva. En otras palabras, el acto administrativo no publicado, no notificado, no surte efectos legales y, por ende, no es ejecutable por quien lo profirió, o por la autoridad a quien corresponda dicha ejecución (Decreto 01 de 1984, Art. 48 y 76 - 7) (Manuel María Diez. Derecho Administrativo, T. II Págs. 273 y 274. Citado por Miguel González Rodríguez. Código Administrativo, Concordado y Comentado Parte Primera. Librería Jurídica Wilches Bogotá, 1990, P. 143)”.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala precisa los criterios por ella expuestos en las providencias citadas al inicio de estas consideraciones, en el sentido de que los mismos sólo conservan validez en la medida en que se trate de actos administrativos de carácter general cuyas disposiciones están dirigidas a la misma Administración y frente a los cuales no exista norma expresa que condicione su vigencia al requisito de la publicación. Es decir, que tales criterios jurisprudenciales no operan respecto de actos administrativos de carácter general frente a los cuales, independientemente

de sus destinatarios, la ley exija publicarlos como requisito para entrar a regir, cual es el caso, precisamente de los decretos de los gobernadores.

La Sala considera que las precedentes consideraciones, con fundamento en las cuales habrá de procederse a confirmar la sentencia apelada, están en armonía con el espíritu del precepto contenido en el artículo 10. de la Ley 57 de 1985, codificado en el artículo 379 del Decreto 1333 de 1986, que impone a los departamentos, entre otros entes, el deber de incluir en sus respectivos boletines o gacetas oficiales no solo aquellos actos que según la ley deban publicarse para que produzcan efectos jurídicos, tal como sucede en el asunto sub examine, sino "... todos los actos gubernamentales y administrativos que la opinión deba conocer para informarse sobre el manejo de los asuntos públicos y para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades" ...».

*Miguel González Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO MIXTO

Cuando el acto de carácter general produce claros efectos particulares, basta la publicación para darlo a conocer a los interesados

21 de marzo de 1996

Radicación: CE-SEC1-EXP1996-N3575

...«Conforme al artículo 116 del C. de R. M., es presupuesto *sine qua non* para que un acuerdo produzca efectos jurídicos que sea publicado.

La publicación es, pues, el medio legal autorizado para poner en conocimiento de todas las personas la existencia de dicho acto administrativo.

Independientemente de que el Acuerdo número 30 de 21 de diciembre de 1993, como acto administrativo de carácter general que es, pueda tener efectos particulares, como en este caso, el medio adecuado para darlo a conocer es su publicación.

En el evento sub examine el referido acuerdo fue publicado el 4 de enero de 1994, según consta a folio 58 del cuaderno principal. Y el 12 de enero del mismo año la representante legal de la demandante solicitó al Concejo Municipal la desafectación de los Teatros Aristi y Colón como patrimonio urbano, conforme obra a folio 51 *ibidem*.

Lo anterior pone en evidencia que no se violó el artículo 29 de la Constitución Política, pues la actora no solo se enteró oportunamente del contenido del acto que la afectaba sino que pudo solicitar la desafectación del bien objeto de la demanda y acudir oportunamente ante esta jurisdicción...».

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Juan Alberto Polo Figueroa,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

ACTO MIXTO

La notificación personal es la forma adecuada de hacer efectiva la publicidad de los actos que producen efectos individuales o particulares

12 de agosto de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5500

...«[C]onviene advertir que el acto acusado, en cuanto contiene decisiones con efectos particulares y generales a la vez, resulta ser un acto administrativo mixto, según lo ha reconocido la Sala en providencias como la sentencia de 21 de marzo de 1996, proferida en el expediente número 3575, con ponencia del consejero, doctor Ernesto Rafael Ariza, y la de 18 de marzo de 1999, expediente número 5253, con ponencia del consejero, doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

También, en sentencia de 9 de mayo de 1996, expediente 3535, con ponencia del consejero, doctor Juan Alberto Polo Figueroa, la Sala estimó que este tipo de actos, en cada una de las disposiciones con efectos individuales o concretos, viene a constituir “una disposición propia de un acto condición, o dicho de otro modo, legal y reglamentario, en tanto coloca o inserta a cada uno de los inmuebles por ellos relacionados en el régimen general contenido en los mencionados decretos, del cual, por lo tanto, pueden ser excluidos en cualquier época”.

En este orden de ideas, se observa que es menester adecuar, para el caso del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, la posición jurisprudencial que la Sala había asumido desde la sentencia de 21 de marzo de 1996, expediente 3575, antes citada, en lo concerniente al modo de hacer efectiva la publicidad de los referidos actos administrativos, según la cual, el medio adecuado para darlos a conocer era su publicación para, en su lugar, precisar que esta forma de publicidad es adecuada pero sólo en lo relativo a las disposiciones generales o abstractas que usualmente contienen; pero que para aquellas que afectan directamente a inmuebles individualizados, como

el que interesa a la parte actora, ella no es suficiente, sino que aquellas deben notificarse a cada uno de sus propietarios, por las razones que se pasan a exponer:

Primero, porque para el caso particular del Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá así lo señala el artículo 36 del decreto distrital 327 de 1.992, cuyo enunciado es el siguiente:

“El Departamento Administrativo de Planeación Distrital debe notificar a los propietarios de los inmuebles declarados de conservación arquitectónica, para que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos anteriores”.

Segundo, en cada caso concreto se surte una actuación administrativa iniciada de oficio o a solicitud de parte, tal como puede inferirse de lo dispuesto en los artículos 39 y 40 del precitado decreto distrital, puesto que implica estudios del inmueble y otros pasos procedimentales.

Tales artículos rezan:

“Artículo 39. Corresponde al Departamento administrativo de Planeación Distrital continuar con los estudios de inmuebles para ser declarados y sometidos al Tratamiento Especial de Conservación Arquitectónica, mediante Decreto, previo concepto favorable de la Junta de Protección del Patrimonio Urbano.

“Artículo 40. El Departamento Administrativo de Planeación Distrital llevará a cabo el estudio correspondiente de los inmuebles propuestos por iniciativa pública o privada, ya sea a través de entidades, personas naturales o directamente por el Departamento”.

Tercero, por las implicaciones que para el propietario del inmueble pueden acarrear las decisiones que se tomen o los actos materiales que se realicen sobre el mismo, según se desprende del artículo 68 ibídem, que a la letra dice:

“Los inmuebles sometidos al Tratamiento Especial de Conservación Arquitectónica, no podrán demolerse. A los propietarios que infrinjan estas disposiciones, se les aplicarán las máximas sanciones pecuniarias de que trata el artículo 66 de la ley 9ª de 1989, sin perjuicio de lo que establezca el Código de Policía los lotes no podrán reedificarse sino una vez se apruebe un proyecto arquitectónico específico destruido, proyecto que debe ser estudiado por la Junta de Protección del Patrimonio Urbano y recibir concepto favorable de la Junta de Planeación Distrital. Si en concepto de estas, el proyecto cumple con la finalidad indicada en el presente

artículo, autorizará al Director del departamento Administrativo de Planeación Distrital para darle curso, previa incorporación de los registros que considere pertinentes”.

Cuarto, por cuanto es la forma más efectiva de garantizar el derecho de defensa y de contradicción a los afectados, y condición necesaria para su aplicación en lo que a su inmueble corresponde.

En resumen, la Sala había estimado que actos administrativos como el examinado son de carácter general, pero que tienen efectos particulares debidamente individualizados, con lo cual ha llegado a reconocer que en realidad adquieren una naturaleza mixta, de donde su publicación es una forma válida de darles la publicidad necesaria en orden a su cumplimiento. En esta oportunidad ha de precisarse que ello es correcto en tanto a su contenido de acto administrativo general; pero en lo que corresponde a acto administrativo particular, por así disponerlo expresamente el artículo 36 del decreto distrital 327 de 1992 antes transcrito, ha de ser notificado personalmente a cada uno de los afectados, en la parte que les interesa, a fin de garantizarles el derecho de defensa y contradicción, y como condición necesaria para que a cada uno de ellos se les pueda aplicar.

Por consiguiente, en el presente caso, en verdad debía serle notificado la parte correspondiente al inmueble del causahabiente de los actores, a este o en su defecto a ellos, en su condición de herederos.

Sobre el particular, en el plenario hay constancia de la publicación del decreto 677 de 1994, en la Gaceta de Urbanismo y Construcción, edición número 54, de primero de diciembre de 1994, pero no la hay de que se hubiera surtido la notificación al causahabiente de los accionantes en lo que atañe a su inmueble, y ellos manifiestan que lo conocieron por causalidad, sin decir, cómo ni cuándo, de suerte que todo indica que realmente no se realizó antes de que se hubiera efectuado la demolición de la vivienda.

Lo anterior significa que cuando el acto se expidió, el 31 de octubre de 1994, el inmueble aún existía, pero si la notificación de la parte pertinente efectivamente no se había surtido, como todo parece indicarlo, no era oponible a su propietario ni a sus herederos en lo que atañe a sus efectos particulares respecto de ellos.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que contaba con la debida autorización para ello, la demolición se habría realizado de manera legítima y, por tanto, no le podrían ser impuestas las sanciones que prevé el artículo

68 del decreto 327 de 1992, para el propietario que destruye un bien sujeto a régimen de conservación arquitectónica.

Si se toma como notificación personal la que por conducta concluyente cabe derivar del hecho de presentar la demanda por parte de sus herederos, estaríamos frente a la situación de un acto administrativo que cobra firmeza o adquiere oponibilidad cuando han desaparecido sus fundamentos de hecho, es decir, un acto administrativo que en su caso ha decaído por la desaparición de uno sus elementos, como es el del motivo o la causa, situación que según tiene dicho la Corporación, no es causal de nulidad, por ser sobreviniente o posterior al nacimiento del acto administrativo, como tampoco objeto de una acción específica o declaración por parte de esta jurisdicción.

Su declaratoria o reconocimiento le compete a las autoridades administrativas encargadas de hacer cumplir el acto, sea de manera oficiosa o en virtud de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria del mismo, en caso de que las autoridades competentes trataran de hacérselo cumplir...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

ACTO MIXTO

Acciones procedentes para su enjuiciamiento

28 de octubre de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N3443

...«El acto acusado, en cuanto contiene decisiones con efectos particulares y generales, a la vez, resulta ser un acto administrativo mixto, según lo ha reconocido la Sala en providencias anteriores.

También ha expresado la Sala que este tipo de actos, en cada una de las disposiciones de efectos individuales o concretos, viene a constituir “una disposición propia de un acto condición, o dicho de otro modo, legal y reglamentario, en tanto coloca o inserta a cada uno de los inmuebles por ellos relacionados en el régimen general contenido en los mencionados decretos, del cual, por lo tanto, pueden ser excluidos en cualquier época”.

(...)

Por lo anterior, la acción impetrada por la actora, en la medida de que, ciertamente, es de nulidad y restablecimiento del derecho, ha de entenderse dirigida a atacar, en principio, solo aquello del acto acusado que la afecta de manera directa e individual, es decir, en lo que toca con el inmueble de su propiedad, esto es, con el incluido en la página 40 del Anexo 1 del acto acusado; aunque obviamente, ello pueda implicar atacar la validez de todo el acto, cuando sea del caso, puesto que éste puede ser impugnado parcial (en lo que afecta individualmente al actor) o totalmente, a fin de procurar el restablecimiento del derecho afectado.

El carácter mixto de este tipo de actos permite que sean demandables tanto en acción de simple nulidad, como de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, quien pretenda algo más que la simple desaparición de los efectos jurídicos del acto, como sería el caso de indemnizaciones

por perjuicios, necesariamente debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento, dentro del término de caducidad.

Como consecuencia, se desprende que cuando en acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demande parcialmente el acto, solo es enjuiciable en aquella parte que directa y específicamente afecte al inmueble de propiedad del actor, y solo en relación con dicho inmueble; de modo que, en relación con los demás inmuebles y en lo que el acto tiene de general, no es impugnabile en forma parcial por el mismo actor, por vía de dicha acción.

Las disposiciones generales, consideradas por separado y que no guarden relación directa con el inmueble del actor, no son atacables por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino mediante la acción de simple nulidad.

A este respecto, se observa que la demanda ataca de manera global todo el decreto y en particular disposiciones generales del mismo, como su artículo 3º, cuya relación con el inmueble del actor no se aprecia, y que de ello emerge una indebida acumulación de pretensiones que el a quo no tuvo en cuenta, tanto que incluso, por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento, que, como lo reitera la actora fue la impetrada, declara la nulidad de dicha disposición general.

Si bien esta parte de la decisión no fue impugnada, es claro que se está ante una nulidad originada en la sentencia sobre el particular, la cual se declarará en el fallo, atendiendo el deber y la facultad que tiene el juez de proceder. En su lugar, dispondrá la inhibición respecto de la petición correspondiente...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Manuel Santiago Urueta Ayola.*

ACTO POLÍTICO DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVA O DE GOBIERNO

Es susceptible de control judicial por producir efectos jurídicos

18 de mayo de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N5828

...«[S]e está ante un acto administrativo, aún bajo la específica denominación de acto político o acto de gobierno, toda vez que, como es sabido, tales actos del Gobierno, cuando no están insertos en la función legislativa o constituyente, se tratan como actos administrativos, tanto por el ordenamiento jurídico como por la doctrina y la jurisprudencia colombianos, tanto en cuanto se les somete al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es acto administrativo debido a que contiene una declaración de voluntad, dada de manera unilateral por el Gobierno Nacional, en ejercicio de una función política que comporta aplicación práctica de un ordenamiento jurídico determinado, como es precisamente el derecho de los tratados, por parte del Ejecutivo; y que produce efectos jurídicos directos sobre el asunto de que trata.

Si bien tiene la forma de una comunicación, dirigida al señor Secretario General de las Naciones Unidas, lo cierto es que en el caso se funde el medio de publicidad del acto con la instrumentación de la decisión tomada por el Gobierno Colombiano, en el sentido de retirar la reserva antes señalada, toda vez que esta comunicación no está antecedida de un acto formal contentivo de la misma decisión, según lo certifica el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante oficio OJ.AT.13008 de 27 de mayo de 1999.

Es lo que ocurre siempre que la exteriorización de la decisión o de la declaración de que se trate se hace de forma directa e inmediata a través del instrumento por el cual se da a conocer una u otra, de modo que no existe de antemano una exteriorización diferente.

De allí que la nota acusada no sea un simple o mero acto o diligencia de comunicación de la decisión de que en ella se habla, sino que al mismo tiempo es la formalización de la misma, con capacidad de producir por sí el efecto jurídico de dejar sin vigencia la reserva en comento...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

ACTO VERBAL

Es una forma válida de expresión de la función administrativa

15 de febrero de 1983

Radicación: CE-SEC1-EXP1983-02-15

...«Siendo el acto administrativo la expresión de voluntad de la administración para producir efectos jurídicos, no cabe la menor duda para esta Sala Unitaria que, no siendo de la esencia del acto la forma de su expresión, puede ser escrito o verbal. Esta misma idea ha sido expuesta por la doctrina tanto extranjera como nacional. Así encontramos que el autor mejicano Gabino Fraga afirma lo siguiente:

“La forma del acto administrativo, aunque puede ser oral, o consistente en actos materiales, normalmente es la forma escrita y llega a ser hasta una garantía constitucional cuando el acto indica privación o afectación de un derecho o imposición de una obligación” (Derecho Administrativo, Ed. 2a., Editorial Porrúa, Méjico, 1968, pág. 299).

Entre nosotros el exconsejero de Estado, Gabriel Rojas Arbeláez nos dice lo siguiente:

“El acto administrativo se conoce también con las distinciones de acto escrito y de acto verbal. No toda expresión de voluntad administrativa está sometida rigurosamente a la norma escrita. Hay manifestaciones de voluntad del Estado que deben ser expedidas verbalmente, y que, sin embargo, no pierden su calidad de decisiones ejecutoriadas. Sobre todo en la actividad policiva puede presentarse la necesidad de expedir actos de esta índole. La calidad de verbal de un acto no impide su acusación, siempre y cuando resulte clara la voluntad expresada y sea también clara la afectación de la situación jurídica subjetiva o de la situación jurídica general” (El Espíritu del Derecho Administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 1972, pág. 127).

A su turno la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“Así, pues, para que exista el acto administrativo se requieren solamente estos requisitos: que haya una decisión de la administración, y que ella produzca efectos de derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito. Esa formalidad se exige para los ordenamientos de carácter general y abstracto, y para los de contenido particular y subjetivo que deban notificarse”.

Ciertamente que la función administrativa se cumple ordinariamente por medio de decisiones escritas: reglamentación de las leyes, nombramientos y remociones, celebración de contratos administrativos, permisos, etc. La estabilidad de las situaciones jurídicas que esos actos crean, la correcta organización del servicio público y las circunstancias normales en que actúa el Gobierno al expedirlos, aconsejan y hacen necesaria la utilización de los procedimientos escritos. La misma ley impone la obligación de apelar a ellos cuando expide decisiones que deben publicarse o notificarse. Pero el artículo 120 de la Constitución incluye algunas atribuciones que por su misma naturaleza y por las circunstancias especiales en que se ejercitan, en muchas ocasiones imponen la necesidad de acudir a sistemas más expeditos y rápidos. Disponer de la fuerza pública en situaciones de emergencia, conservar y restablecer el orden alterado, dirigir las operaciones de guerra, proveer a la seguridad exterior de la República, etc., son actividades que en la mayor parte de los casos solo se pueden desarrollar por medio de procedimientos verbales. Las decisiones que en tales momentos de urgencia se toman, son actos administrativos, no solo porque así se infiere del artículo 120 —numerales 6°, 7°, 8° y 9°— sino porque las profiere la administración con la finalidad de producir efectos de derecho. La naturaleza jurídica del ordenamiento no se altera por la existencia o inexistencia de un escrito. Esta doctrina fluye espontáneamente de los textos constitucionales y de la índole propia de la función que se ejercita. Es evidente que el uso de los procedimientos escritos o verbales tiene trascendencia jurídica desde el punto de vista probatorio y especial importancia para ciertos efectos jurisdiccionales...».

*Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar,
Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.*

C. ELEMENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

De existencia

17 de febrero de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N5694

...«Partiendo de la noción de acto administrativo, como aquel que expresa una declaración de voluntad de la administración, se encuentra que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de precisar cuáles son los elementos del acto administrativo, para indicar como tales: la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación y la finalidad.

La competencia, entendida como una serie de poderes, de facultades y de atribuciones otorgadas por la Constitución y las leyes, conlleva a que en un momento dado un servidor público tenga o no capacidad para definir determinado asunto y “se vincula a los hechos y antecedentes del hecho y del Derecho aplicable”.

El objeto del acto administrativo, no es otro sino el responder al administrado todas las cuestiones propuestas, y aun las que no lo han sido, y debe responder a la finalidad señalada en las normas que entregan competencia al servidor público que lo emite.

Se vincula como elemento del acto administrativo, el procedimiento a seguir como regla previa a cumplir por parte de la administración, en la medida en que asegura la intervención del destinatario de la decisión administrativa en defensa de sus intereses, en los eventos en que se puedan afectar sus derechos adquiridos o de imposición de cargas u obligaciones, haciendo del particular un colaborador dentro de la actuación administrativa.

La motivación del acto administrativo se considera obligatoria, aun cuando la misma puede surgir del texto de la decisión o de los antecedentes que dieron origen al acto.

En cuanto a la finalidad, entendida como de bien común, es también enunciada como elemento esencial del acto administrativo, al indicarse que éste debe cumplir con la finalidad que surja de las normas que otorgan competencia al funcionario, sin que sea lícito perseguir fines, públicos o privados, distintos a los que justifiquen determinada decisión.

La necesidad de que el acto administrativo cumpla con todos los elementos esenciales que se han mencionado atañe, no solo a la correcta gestión pública, sino, además, al interés del destinatario de la decisión administrativa; en tal medida su omisión ha sido calificada como vicio de nulidad.

De manera que plasmada la voluntad de la administración mediante la expedición de un acto administrativo, éste se encuentra perfeccionado...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel E. Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel S. Urueta Ayola.*

ELEMENTOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Esenciales

31 de marzo de 2005

Radicación: 11001-03-24-000-1999-02477-01

...«2.1.2. Carácter de la declaración protocolizada mediante la escritura demandada

Dicho documento ciertamente contiene una declaración unilateral de una autoridad administrativa, por cuanto emanó únicamente de él, pero esa sola circunstancia no es suficiente para que tal declaración adquiriera el carácter de acto administrativo, pues además de dicha unilateralidad en la declaración, es de la esencia del acto administrativo, además, que la misma produzca efectos jurídicos directos, sea creando, modificando, extinguiendo o afectando directamente de cualquier otra forma una situación jurídica, de suerte que por sí misma y una vez en firme sea vinculante tanto para los administrados como para la Administración, y que sea expedida en ejercicio de la función administrativa, que es la regla general, o excepcionalmente cuando siendo expedida en ejercicio de una función que no es administrativa, la Constitución Política o la ley, la haga susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa.

De suerte que para que un acto jurídico constituya acto administrativo debe consistir en una i) declaración unilateral, ii) que se expida en ejercicio de la función administrativa, que lo puede ser por una autoridad estatal de cualquier de sus ramas u organismos, o incluso por entidades privadas en virtud de autorización legal, a menos que por norma especial de orden Constitucional o legal dicha declaración, no siendo expedida en ejercicio de función administrativa sea demandable en acción contencioso administrativa y iii), que ella produzca efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante.

La presunción de legalidad y la ejecutividad, que el a quo aduce como supuestos o elementos determinantes del acto administrativo, no son tales sino aspectos que se predicán del mismo, es decir, se refieren al cómo de éste y a su ámbito operativo, de allí que se identifiquen como características o atributos y requisitos de eficacia del acto administrativo, en tanto que los aspectos que determinan su naturaleza jurídica o carácter de tal corresponden al *qué*, a su ámbito sustantivo. Los primeros no son exclusivos del acto administrativo, pues la presunción de legalidad se predica igualmente de otras manifestaciones jurídicas estatales, v. gr. las operaciones administrativas; y la ejecutividad, consistente en la obligatoriedad de lo que se dispone o dice en la declaración de que se trate, igualmente se predica de las leyes y los actos jurisdiccionales, que *per se* son obligatorios y vinculantes.

En el presente caso, la escritura impugnada no fue expedida en ejercicio de función administrativa alguna, ni lo que en ella se dice o declara unilateralmente por el Alcalde del municipio de Tuta tiene efectos jurídicos directos sobre el asunto de que ella trata, no es vinculante respecto de persona alguna.

En cuanto al efecto jurídico es claro que no se evidencia que dicha declaración hubiere modificado de manera directa la situación jurídica concerniente al inmueble respectivo ni a la escritura pública objeto de la aclaración que aquélla persigue, o que lo declarado sea vinculante o imperativo de manera directa e inmediata para alguien, como lo son aquellos actos unilaterales de autoridades administrativas que afectan directamente a los titulares de derechos sobre inmuebles, que pasan a ser ejecutorios desde su firmeza, y que se registran previa protocolización mediante escritura pública o incluso de manera directa en algunos casos, pero para su efectividad en cuanto a la situación jurídica que se ha creado, modificado o extinguido, y para que opere respecto de terceros...».

*Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Gabriel E. Mendoza Martelo,
Camilo Arciniegas Andrade, María Claudia Rojas Lasso.*

D. OTROS ASPECTOS

ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO POR GOBIERNO DE FACTO

Proceso de restauración de la vida institucional

17 de julio de 1959

Radicación: CE-SCA-EXP1959-07-17

...«La teoría de los gobiernos de facto no ha de entenderse simplemente como un expediente para justificar la mutación brusca de la vida jurídica, por movimientos revolucionarios de cualquier índole, que por azares de circunstancias violentas puedan llegar en un dado momento, a detentar la fuerza del poder. Al contrario, extrae su fundamento de los más altos principios del derecho. Los pueblos como los individuos tienen un instinto particular de conservación, que les impulsa a proteger su vida jurídica y la estabilidad de sus instituciones aun en los instantes más difíciles. Por ello puede decirse sin reticencia que la doctrina de facto, en especial en los países jóvenes de la América Latina, ha tendido a estructurarse en ese sentido. Sabido es que mero cambio de un gobierno que no vaya acompañado de un cambio de las instituciones, no queda comprendido dentro de la doctrina de facto, sino que es estimado como una simple usurpación. En tanto que la Doctrina de Facto tiene la plenitud de su vigencia, cuando el movimiento revolucionario —empleado este vocablo en un amplio sentido— tiene como objetivo un cambio de las instituciones. En el caso de la Junta Militar de Gobierno, este cambio tuvo toda su operancia puesto que al hablar de cambio necesariamente se comprende en esta noción la idea de restauración de la vida institucional cuando ésta se encuentra suspendida. Y, si entramos a considerar el caso de Colombia, en la aprobación misma, de la reforma sometida a consulta plebiscitaria, encontramos este espíritu de restauración de la vida institucional, en el texto aprobado por el pueblo colombiano. Al decir la reforma que “La Constitución Política de Colombia es la de 1886, con

las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo número 1° de 1947, inclusive, y con las siguientes modificaciones”, queda ampliamente comprobada esta afirmación.

Ahora bien, lo que legitima los gobiernos de facto, lo que los hace posibles jurídicamente, es el consentimiento nacional, la aceptación que el pueblo gobernado les brinda, y que se traduce en la posibilidad para el Gobierno de facto, de ejercer su misión pacíficamente. Es decir, la doctrina de facto tiene su validez cuando su aplicación desemboca en una solución jurídica, en una confirmación de los poderes de hecho que ejerce el gobierno. Poderes que, por otra parte, se encuentran limitados por la necesidad misma, que es el título que respalda al gobernante de facto. Hay por otra parte, y en reciente oportunidad lo ha señalado la Sala (sentencia de fecha 26 de junio de 1959, Ponente, doctor Andrés Augusto Fernández), la posibilidad de que el gobierno de facto se autolimite. Esta autolimitación, como es lógico, no es otra cosa que una búsqueda de satisfacer las aspiraciones de los gobernados. El decreto de convocatoria al Plebiscito, no fue otra cosa que la solicitud al pueblo de que él mismo restableciera la vida jurídica. Por esta razón, la misión precaria y transitoria del gobierno de facto, se ve investida de legitimidad cuando el pueblo mismo lo comprende dentro de la vida jurídica.

Dijo la Sala en la sentencia atrás citada:

“En efecto, el funcionario ministerial que para el 26 de octubre de 1957 expidió la medida acusada, desde el 10 de mayo del mismo año formaba parte del órgano ejecutivo presidido por la que se llama ‘Junta Militar de Gobierno’, que, por culminación de sucesos políticos llevados a cabo días antes, tomó la dirección del Gobierno ejecutivo de la Nación, pero que, no obstante constituir un gobierno de facto, sin embargo no orientó ni encauzó sus actividades gubernamentales por simples vías de hecho respaldadas tan sólo por las fuerzas armadas que las apoyaban, sino que, siguiendo la tradición, espiritualidad y profundos sentimientos e ideas políticas colombianas, para bien de todos y en la casi totalidad de sus actuaciones, acogió como norma y derroteros a seguir, los marcados y señalados por la Constitución y Leyes preexistentes, de modo de continuar el país dentro de lo que los constitucionalistas y sistemas democráticos denominan con propiedad Estado de Derecho.”

Estas afirmaciones se ven comprobadas mejor aún, si se estudia el reciente proceso de evolución pacífica hacia la plena vigencia de las instituciones, que se traducen en la reintegración, por los caminos constitucionales, de las tres ramas del poder público. Para esa reintegración,

que ha alcanzado su plenitud jurídica, se partió de la base de que el pueblo, como titular de la soberanía, ejerciera sus funciones de poder constituyente, no en forma delegada, sino en la directa y originaria. Y desde ese mismo ejercicio vino, y es lo que más interesa al caso presente, la refrendación jurídica de la actuación del gobierno de hecho, refrendación que obviamente se extiende, no solamente al futuro, sino al momento mismo de su ascenso al poder.

El otro aspecto del problema, es el que convalida los actos realizados por los gobiernos de facto, en atención a la salvaguardia de los derechos del individuo y de la sociedad. Constantineau en su “Tratado de la Doctrina de F. acto (Tomo I, pág. 13), dice: *“Los principios abarcados por la doctrina de facto no están limitados en su aplicación a los países regidos por el derecho inglés, sino que necesariamente deben estar reconocidos en una forma u otra forma, ya sea expresa o tácitamente, por todas las naciones civilizadas del mundo. La historia, con su inacabable secuela de querellas, conflictos y revoluciones en todas las partes del mundo y en todas las épocas, establece abundantemente la verdad de esta afirmación. ¿Qué imperio, qué reino o qué Estado, puede jactarse de no haber tenido nunca su trono o su soberanía usurpada por un conquistador o un revolucionario? Si todos los actos realizados por usurpadores y por los funcionarios que bajo ellos gobernaron, mientras los negocios de estado estuvieron bajo su control, tuvieran que ser subsecuentemente declarados nulos y sin ningún valor, habría una confusión sin fin, y la restauración del poder legítimo sería peor que la usurpación”*.

Las anteriores consideraciones, sirven de base para señalar algo evidente, y es que los actos realizados por los gobiernos de facto se justifican desde el punto de vista jurídico, en cuanto tiendan al orden y al equilibrio, no en cuanto se enfoquen hacia arbitrariedad. El tratadista Heinrich Herrfahrdt, citado por Sánchez Viamonte, tiene al respecto la siguiente consideración: *“Para todos los Estados culturales del presente, la renuncia incondicional o toda arbitrariedad constituye una premisa absolutamente necesaria, sin cuyo cumplimiento el poder político no puede tener la perspectiva de una existencia larga. La exigencia de la seguridad jurídica se ha colocado tan fuertemente en primera línea en las modernas civilizaciones, para todas las clases sociales, que un poder que por medidas ordinarias se enfrente con las más elementales y naturales .exigencias de la seguridad jurídica, pierde muy pronto toda consideración y prestigio como poder político, y con ello también las bases objetivas del poder”*. El juez que tiene ante sí, con pretensión de fuerza de ley, las disposiciones de un poder revolucionario, debe examinar primeramente si los órganos que los dictaron representan un poder garantizador del orden, es decir, si con sus disposiciones, renunciando a medidas

arbitrarias, se proponen establecer un nuevo orden jurídico, y si, además, tienen a su favor la perspectiva de consolidarse”.

El propio Sánchez Viamonte, en su obra “El Constitucionalismo” hace un detenido y fructífero estudio de la teoría de facto. Allí tiene este concepto: “puede haber gobiernos de facto tendientes a lograr el Estado de Derecho, como lo sería un gobierno provisional, fruto de una revolución, que tuviese por finalidad sustituir una monarquía absoluta por una república democrática.- La nueva institución sería de facto hasta tanto se organice definitivamente, de conformidad con un ordenamiento constitucional que la inconstitucionalice”.(...)

El aparte transcrito de la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, fue pronunciado con anterioridad a la aprobación de la reforma constitucional votada en el plebiscito del 1° de diciembre de 1957. Dicha reforma implicó la introducción de dos fenómenos de suma importancia en nuestra vida institucional: En primer lugar, el deseo de la mayoría del pueblo colombiano de restaurar la vigencia de la Constitución modificada, en la forma en que se expresó en el acto citado, y en segundo lugar, la voluntad del gobierno de facto de realizar esa transformación institucional. Aprobada la reforma, ella se llevó a cabo, y la estructura jurídica del Estado recobró toda su vigencia. Para el caso en estudio, es necesario determinar cuál es el alcance de la reforma, en relación con los actos cumplidos por el gobierno de facto, en especial en el período de emergencia subsiguiente al momento de su ascenso al poder. Es de anotarse que en la época del gobierno de facto, el poder ejecutivo era ejercido por los cinco miembros de la Junta, y no por el Presidente de la República. Es decir, que en ningún caso se configuraba, ni podía configurarse, el gobierno en la forma requerida por el artículo 57 de la Constitución. Aceptado, pues, que el gobierno era un gobierno de facto, ejercido por número plural de personas en lugar del Presidente, se encuentra que esta disposición de la Carta no podía ser aplicada por la Junta. La esencia misma del gobierno, era, pues, de facto.

Y si, como lo anota el Agente del Ministerio Público, se tiene en cuenta que el Decreto 0922 acusado fue dictado el mismo día del ascenso de la Junta al poder, es decir, en momentos anormales, y entre las medidas que la Junta tomó de manera urgente, considerándoles como necesarias para restablecer la normalidad, por una parte, y para consolidar el gobierno de facto, es necesario aceptar que en tales momentos, aparte que por el hecho mismo de ser ejercido el gobierno por un número plural de miembros no previstos en la Carta, el artículo 57 no podía tener operancia en lo principal,

era imposible exigir la subordinación a condiciones de forma, de medidas gubernamentales, cuando se aceptaron por la mayoría del país medidas de fondo que, por el estado de necesidad de que habla el profesor Bielsa, y señaló también la Corte Suprema de Justicia, prescindían del acatamiento a disposiciones constitucionales. Esto, partiendo de la base de que la vigencia de la Carta estaba suspendida, y sólo se restauró plenamente con la aprobación de la reforma plebiscitaria, sobra, desde luego, la voluntaria autolimitación de que se ha hablado. Ahora bien, desde el punto de vista de la dicha reforma, tenemos que el texto aprobado en el plebiscito, dijo lo siguiente en relación con la Junta Militar de Gobierno:

“El Presidente de la República tomará posesión de su cargo el 7 de agosto de 1958, y hasta esa fecha continuará ejerciendo la Presidencia de la República la Junta de Gobierno integrada por el Mayor General Gabriel París, el Mayor General Desgracias Fonseca, el Contraalmirante Rubén Piedrahíta Arango, el Brigadier General Rafael Navas Pardo, y el Brigadier General Luis E. Ordóñez”.

Esta disposición “no normativa” como la llama el tratadista Álvaro Copete Lizarralde, por cuanto “la esencia de un acto constituyente es la de establecer normas cuyo cumplimiento no agote su eficacia, en otras palabras que sean generales y abstractas”, constituye, ante todo, una validación de los actos de la Junta, y su transformación de gobierno de facto en gobierno de jure. Por la norma transcrita, se reconoce el hecho de que el gobierno había venido siendo ejercido por la Junta, y se autoriza su confinación en el poder, hasta el 7 de agosto de 1958. En tales condiciones, los actos realizados por la Junta como gobierno de facto, y encauzados, como evidentemente se demostró por sus integrantes, al restablecimiento de la normalidad jurídica, adquieren validez en su esencia, por la voluntad misma de la mayoría de los ciudadanos colombianos. De consiguiente, así validados por la Constitución, estos actos no pueden ser atacados. Pueden serlo solamente, aquellos en los cuales como el Consejo lo dijo en sentencia de fecha 26 de junio de 1959, ya citada, el gobierno de facto se haya autolimitado sujetándose mediante la mención ele una disposición constitucional o legal, porque en estos casos se entiende la voluntad de sujetarse a la norma, declarada por el mismo gobierno. Y si ha habido violación de esa norma, se puede entrar a anularlos. En la misma sentencia ya citada, dijo la Sala:

“Dada esta situación básica, y el señalamiento de reglas objetivas y positivas invocadas como fuente de ‘poder legal’ y de ‘competencia’ —requisitos entre otros varios mencionados por los tratadistas de derecho administrativo para la producción y validez de los actos administrativos— es como podía venir a operar sin obstáculos

la jurisdicción contencioso administrativa”. (Sentencia de 26 de julio de 1959. Ponente: Dr. Andrés Augusto Fernández).

Estas consideraciones son conducentes en cuanto al Decreto 0921. Pero cuando la fundamentación de los actos es el “estado de necesidad” a que el gobierno de facto se vio abocado, se contempla una situación distinta. En el Decreto 0921, el gobierno citó el Decreto 3220 de 1953, artículo 121, y se ha visto que tenía las facultades suficientes para dictar la medida con base en esa disposición. En el Decreto 922, no se cita disposición alguna, según la copia que obra en autos. Se dice, simplemente, en su encabezamiento: “La Junta Militar de Gobierno Decreta”. De donde se deduce que la Junta entendió obrar en su carácter de gobierno de facto, sin limitación de orden constitucional o legal, y sería improcedente, pues, exigir el cumplimiento de disposiciones constitucionales o legales en un acto de tal categoría, que es claramente uno de los que entra totalmente en la validación dada por la reforma plebiscitaria.

De la aprobación de la reforma plebiscitaria y de la ratificación que contiene del gobierno de la Junta Militar, deriva la competencia del Consejo para conocer de los actos de dicho gobierno, desde el punto de vista de su validez jurídica, en los casos en que tales actos no se fundan expresamente en preceptos constitucionales o legales. Si no hubiese habido la ratificación del plebiscito se encontraría el Consejo en relación con los actos en los cuales el gobierno de facto no se hubiese autolimitado, en análoga situación a la de la Corte Suprema de Justicia antes del 1° de diciembre de 1957. Por estas razones ha entrado la Sala a conocer del fondo del negocio, sin inhibirse para ello.

Asimismo se considera, en relación al Decreto 922 que este pertenece a la serie de medidas dictadas en el estado de necesidad sobreviniente al instalarse el gobierno de la Junta. Y por esta razón, habiendo la reforma plebiscitaria ratificado los actos de ese gobierno, en cuanto a gobierno de facto, por ministerio de la Constitución misma, quedó validado su origen, no siendo posible, de consiguiente, entrar a discutir la razón de este, como es el caso de invocar violación al artículo 57 de la Carta, ya que ese origen quedó ampliamente refrendado por la Constitución...».

*Alejandro Domínguez Molina, Carlos Gustavo Arrieta,
Andrés Augusto Fernández M, Francisco Eladio Gómez,
Pedro Gómez Valderrama, Gabriel Rojas Arbeláez.*

ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR FUNCIONARIO DE HECHO O DE INVESTIDURA PLAUSIBLE

Por mediar título que habilita el ejercicio de su función (designación regular), se considera como expedido por funcionario de derecho

26 de septiembre de 1991

Radicación: CE-SEC1-EXP1991-N1453

...«En el campo de la doctrina, siempre se ha considerado que los actos administrativos expedidos por los funcionarios de hecho son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, pues se considera como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho. Al respecto, el tratadista y Consejero de estado doctor Miguel González Rodríguez, en su obra “La Función Pública en Colombia”, 2da. Edición, Librerías Jurídicas Wilches, 1987, páginas 38 a 44, anota lo siguiente:

a) Los funcionarios de hecho o de facto.

Se dice habitualmente que se está en presencia de un funcionario de hecho cuando la persona natural que ejerce funciones públicas, o ejerce un cargo o destino público, carece de título alguno para ello, o tiene un título irregular.

Esas situaciones, anota Sayagués Lasso, pueden originarse así:

En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esa situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos...”

“...elección anulada luego de asumir el cargo el electo...”

“...para que pueda hablarse de funcionarios de hecho es preciso que exista ejercicio efectivo de las funciones públicas, como si realmente fuesen verdaderos funcionarios...”

“...Para que se configure la hipótesis que da lugar al funcionario de hecho, se requieren determinadas circunstancias. Cuando se reúnen dichas condiciones existe lo que se ha denominado investidura plausible - que se adquiere con la toma de posesión - y, por lo tanto, cabe admitir que se está en presencia de un funcionario de hecho...”

“...En los regímenes de normalidad institucional las condiciones requeridas son:

“...Que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente...”

“...Pero admítase como suficiente que el cargo y la función tengan, existencia legal aparente, aunque con posterioridad se declara su invalidez. Esto puede ocurrir...”

“...por un acto administrativo con violación de la ley, siempre que no sea una ilegalidad notoria...”

“...El cargo de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, de modo que, en la opinión general, pudo creerse razonablemente que se trataba de un funcionario incorporado válidamente a la administración...”

“...La teoría de los funcionarios de hecho tiene como objeto principal decidir sobre la validez de los actos realizados por aquéllos. Hasta puede afirmarse que es su razón de ser...”

“...Admítase cierta validez de los actos de los funcionarios de hecho, frente a los terceros afectados por aquéllos. Las razones que llevan a esta conclusión son diversas, pero coincidentes en su finalidad.

Tratándose de regímenes institucionales normales, el fundamento esencial radica en el interés de la administración de que los particulares, sin averiguaciones previas, admitan como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto capacitados para realizar válidamente los actos propios de sus funciones. Es también el interés de los administrados, pues en la generalidad de los casos no podrían entrar a determinar si el funcionario ha sido designado regularmente. Si no fuese así, la actividad administrativa se resentiría profundamente y resultaría comprometido el interés público. Además, no puede responsabilizarse a una persona determinada por un error común a todos...”

“...Innecesario es decir que la afirmación de validez de los actos emanados de los funcionarios de hecho, salva únicamente el vicio en la incorporación de aquéllos a la función pública. Los demás vicios que pudieran afectar dichos actos,

proyectarán las mismas consecuencias que si hubiesen emanado de funcionarios de jure.

Sobre este particular de los gobernantes de facto, en alguna ocasión el Consejo de Estado colombiano - Sentencia de 17 de Junio de 1959, Consejero ponente doctor Pedro Gómez Valderrama, Anales LXI bis 1960, páginas 74 y Sig. - se pronunció en los siguientes términos que ratifican lo que expone Sayagués Lasso:

Ahora bien, lo que legitima los gobiernos de facto, lo que los hace posibles jurídicamente, es el consentimiento nacional, la aceptación que el pueblo gobernado les brinda, y que se traduce en la posibilidad para el gobierno de facto, de ejercer su misión pacíficamente. Es decir la doctrina de facto tiene su validez cuando su aplicación desemboca en una solución jurídica, en una confirmación de los poderes de hecho que ejerce, el gobierno...”

“...El otro aspecto del problema, es el que convalida los actos realizados por los gobiernos de facto, en atención a la salvaguardia de los derechos del individuo y de la sociedad...”

“...Las anteriores consideraciones, sirven de base para señalar algo evidente, y que es los actos realizados por los gobiernos de facto se justifican desde el punto de vista jurídico, en cuanto tiendan al orden y al equilibrio...”

De lo transcrito se desprende que en virtud de la declaratoria de nulidad de la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, sus integrantes se transformaron en funcionarios de hecho, pero sus actos, a la luz de la doctrina, son válidos por cuanto ejercieron sus funciones en la misma forma y apariencia como si las hubiera desempeñado una Mesa Directiva elegida regularmente y porque para la opinión general del Departamento del Quindío se creía razonablemente, antes de que se produjera la declaratoria de nulidad, que se trataba de funcionarios elegidos válidamente.

Significa lo precedente, que la ilegalidad de la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea, no afectó los actos expedidos por ésta...».

**Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez,
Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.**

ILEGITIMIDAD SOBREVINIENTE

Se da en virtud de la pérdida del presupuesto jurídico que servía de soporte del acto administrativo

3 de agosto de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N5722

...«[L]a declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del decaimiento, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del decaimiento, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del decaimiento, entendiéndose que dicho fallo abarcará el lapso

durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad. (...)

Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus características principales, cual es el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. (...)

En el caso en estudio, en realidad la Resolución 145 adolece, en la actualidad, de la pérdida de su presupuesto jurídico en virtud de un fenómeno que puede describirse como de ilegitimidad sobreviniente en la medida de que, aunque nació a la vida jurídica con un soporte suficiente, la necesidad de reglamentar la presentación de pruebas como prerrequisito de la obtención de la tarjeta profesional de Contador Público, tal regulación, hoy en día, no tiene sustento, en la medida de que no constituye un acto que regule, de manera independiente, situaciones jurídicas que atañen a la relación administración - administrado, sino que fue expedido en ejercicio de la "potestad organizativa", pues creó todo el engranaje necesario para el cumplimiento de una tarea que se había autoimpuesto...».

Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (aclara voto), Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel Santiago Urueta Ayola.

ILEGALIDAD SOBREVINIENTE

*Solo procede el examen de legalidad del acto frente a normas vigentes
al momento de su expedición*

20 de mayo de 2004

Radicación: 25000-23-24-000-2000-00680-01

...«Insiste la actora en que los actos acusados violan la Ley 610 de 2000, es decir, que están afectados de ilegalidad sobreviniente.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la legalidad de un acto debe estudiarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 84 del C.C.A., a la luz de las normas en que debió fundarse y, por ello, no es posible que su confrontación se haga frente a normas legales posteriores, cuya consecuencia, de ser en efecto desconocidas, sería la derogatoria del acto más no su nulidad.

No ha aceptado entonces esta Corporación declarar la nulidad de un acto por ilegalidad sobreviniente, como sí lo ha aceptado frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente pues, por mandato del canon constitucional 4º de la Constitución Política, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquiera otra norma jurídica se aplicarán las normas constitucionales...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.*

INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL SOBREVINIENTE O INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE

Se da por contrariedad entre el acto y un nuevo ordenamiento constitucional

10 de febrero de 1995

Radicación: CE-SEC1-EXP1995-N2943

...«La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que los actos administrados solamente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición. Igualmente, que la incompatibilidad sobreviniente, esto es, la contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre este y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, da lugar a su derogatoria, fenómeno jurídico este para el cual esta Jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues sólo puede disponer la de nulidad.

No obstante lo anterior, considera que el artículo 4o. de la Constitución Política es claro al señalar que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1887 prescribe que “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente” (artículo 9o.); y que se estima insubsistente una disposición legal “por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (artículo 3o.).

De las reglas de hermenéutica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto.

Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, como es el caso de la acción *sub examine*, considera la Sala, y con ello rectifica su posición anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4o. se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional...».

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza,
Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUENCIA

Frente a situaciones de carácter general hace que la norma reglamentaria corra la misma suerte que la disposición legal declarada inexecutable o anulada

18 de octubre de 2001

Radicación: 11001-03-24-000-2000-06328-01(6328)

...«La Sala destaca esta circunstancia [que la Corte Constitucional al declarar inexecutable la Ley 508 de 1999 dispuso que sus efectos se producirían a partir de la comunicación de dicha sentencia y no desde su expedición] por cuanto en anteriores pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 13 de septiembre de 2001 (Expediente núm. 5911, Actor: José Hilario Torres Acosta, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), precisó, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional plasmada en la sentencia C-969 de 1º de diciembre de 1999 (Magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz), que frente a situaciones de carácter general, no particular, el efecto retroactivo perentoriamente señalado en la sentencia, hace que la norma reglamentaria corra la misma suerte de la disposición legal declarada inexecutable que le sirvió de único fundamento.

En efecto, dijo la Sala en la precitada sentencia:

“...dado el efecto retroactivo perentoriamente señalado en la sentencia C-702 de 1999 y no tratándose de situaciones particulares consolidadas, se entiende que el decreto ley reglamentado (1164 de 1999) corre la misma suerte de la norma legal que le sirvió de único fundamento, el artículo 120 de la Ley 489 de 1998. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia C-969 de 1º de diciembre de 1999, al decir:

“Así las cosas, desaparecida la norma que sirvió de fundamento para expedir los decretos acusados, resulta apenas obvio que aquellos deban correr igual suerte, pues se produce el fenómeno de la inconstitucionalidad por consecuencia, es decir, ‘...del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la

norma que permitía al Jefe de Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución.

‘Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente que las normas que consagran consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución.

‘Desde luego la declaración de inconstitucionalidad que en los expresados términos tiene lugar, no repercute en determinación alguna de la Corte sobre la materialidad de cada uno de los decretos legislativos que hubiera proferido, ya que aquélla proviene de la pérdida de sustento jurídico de la atribución presidencial legislativa, más no de la oposición objetiva entre las normas adoptadas y la Constitución Política’. (...)

En este caso, como ya se dijo, la Corte Constitucional no dispuso que los efectos de la sentencia C-557 fueran retroactivos, sino hacia el futuro.

De tal manera que, siguiendo los criterios jurisprudenciales que han orientado a la Sala en tratándose del decaimiento de los actos administrativos, (ver, entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2000 (Expediente núm. 5722 y de 30 de noviembre de 2000, expediente núm. 5681, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), es procedente hacer un análisis de fondo, ya sea estimatorio o desestimatorio de las pretensiones, no inhibitorio, por el lapso dentro del cual el acto administrativo controvertido estuvo vigente y gozó de presunción de legalidad.

Al efecto, la Sala en las citadas sentencias trajo a colación, por resultar pertinentes, apartes de las providencias de 28 de junio de 1996 (Expediente núm. 12005, Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo) y expediente núm. 1948, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez, los cuales se transcriben, para una mejor ilustración:

“La doctrina ha denominado la causal 2º, decaimiento del acto y sobre la necesidad de proferir fallo de fondo respecto de actos cuyo fundamento de derecho ha sido declarado inexequible por la Corte Constitucional o nulos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, habría que decir, en primer lugar, que el artículo 175 del C.C.A. establece, en relación con la declaratoria de nulidad de ordenanzas y acuerdos municipales, que quedarán sin efecto en lo pertinente, los decretos reglamentarios de aquellos, como una de las consecuencias del principio de la cosa juzgada regulada en la norma citada, norma que modificó, en lo pertinente, el artículo 12 de la ley 153 de 1887 “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de

la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes..” y que a juicio de la Sala sólo tiene atinencia a esa especial clase de actos administrativos.

Pero si bien es cierto, como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del decaimiento, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del decaimiento, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición. (...)

Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo. Pudiera decirse que cuando se produce el fenómeno del decaimiento, el acto administrativo sobrevive en el mundo jurídico, porque no existe fallo de nulidad que lo saque del mismo, pero ha perdido una de sus características principales, cual es el de ser ejecutivo, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir”. (...)

Sobre el particular, estima la Sala que no le asiste razón a la actora, pues, conforme se advirtió en la sentencia de 13 de septiembre de 2001 (Exp. 5911, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), y ahora se reitera, “...el

decaimiento del acto administrativo no se admite como causal de nulidad, sino como un evento que afecta apenas su oponibilidad o eficacia...”.

Esta apreciación se hizo en el contexto de que la declaratoria de inexecutable de la ley que sirve de fundamento al acto reglamentario opera únicamente hacia el futuro, pues cuando es retroactiva, como ya se dijo, el acto reglamentario resulta afectado de nulidad, al correr la misma suerte de la norma reglamentada.

Y es que bien puede acontecer que el acto reglamentario se haya expedido por autoridad competente, respetando el espíritu de la norma que reglamenta; y que las regulaciones de ésta, en principio, no contraríen el ordenamiento superior, caso en el cual no tiene porqué convertirse lo legal en ilegal, por el solo hecho de que hubiera desaparecido el fundamento de derecho.

Una cosa es que el acto administrativo reglamentario, en sí mismo, contraríe el ordenamiento superior, o que la norma que reglamente sea violatoria de éste, y otra muy distinta, que por circunstancias sobrevinientes se afecten sus efectos, como ocurre con la desaparición de los fundamentos de derecho que le sirven de sustento.

Es perfectamente posible que un acto reglamentario, mientras estuvo llamado a producir efectos, se hubiera ajustado a la legalidad y así puede declararse, pues su decaimiento lo único que hace es, por mandato de la ley (artículo 66 el C.C.A.), impedir que, hacia el futuro, siga produciendo efectos, sin que se afecten los que válidamente produjo mientras estuvo vigente, como ocurre en este caso con el Decreto acusado lo cual, por lo mismo, no puede ser aplicado...».

*Olga Inés Navarrete Barrero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Camilo Arciniegas Andrade (aclaración de voto), Manuel Santiago Urueta Ayola.*

IRREGULARIDADES SUSTANCIALES Y PURAMENTE FORMALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

*El incumplimiento de las garantías (formas sustanciales) que constituyen un
derecho para los asociados induce a nulidad*

25 de mayo de 1968

Radicación: CE-SEC1-EXP1968-05-25

...«De manera general todas las causales de anulación de los actos administrativos proceden de *violación de la ley*, mas ésta puede provenir de causas diferentes que según el legislador y la doctrina se resumen en incompetencia del autor del acto, vicios de forma, error en la motivación, infracción de norma superior y desvío de poder. Estos defectos pueden alegarse tanto en vía gubernativa como en la jurisdiccional y cuando ocurre en la última, se trata de la llamada acción de nulidad.

En este campo, pues, es donde se evidencia el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, o sea la operancia del principio de legalidad que busca que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dicha autoridad.

Estos postulados los acoge el artículo 66 del C. C. A. cuando dice que la acción de nulidad procede contra los actos administrativos no sólo por los motivos expresados en los artículos 62 a 65, que contemplan la transgresión de normas superiores “sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”. Y la competencia obviamente se infiere de las normas que fijan la aptitud de cada funcionario o corporación, para proferir determinados actos.

Las razones del actor respecto a la causal invocada es lo que constituye el concepto de violación que exige el artículo 84 del C. C. A., como elemento esencial de la demanda ante la justicia administrativa, en los supuestos a que dicho precepto hace referencia.

Para efectos del caso materia de este proceso es necesario establecer las orientaciones atinentes a la que, dentro de la infracción legal genérica, se denomina específicamente “violación de ley”, o sea la transgresión de normas superiores que el autor del acto debía acatar y a la “nulidad por vicios de forma”, pues las demás causales de anulación no han sido aducidas.

La primera de ellas se presenta cuando el acto acusado es contrario a disposiciones jerárquicamente superiores, creadores de situaciones jurídicas generales, por separarse del texto o del espíritu o por error respecto de los hechos sobre los cuales actúa.

La segunda 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 sólo 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.

La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto.

Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto, pues como dice Albert, en su obra “Controle Jurisdictionel 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 la minuciosidad del formalismo y se vendría con ello a 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)...».

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao (Con Salvamento de Voto), Jorge De Velasco Álvarez (Con Salvamento de Voto), Hernando Morales M. (Conjuez).

PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA

No puede dársele el carácter de una causal de anulación

19 de febrero de 1998

Radicado: CE-SEC1-EXP1998-N4490

...«[L]a Sala hace suyos los criterios expuestos por la apoderada de la demandada y la Procuradora Novena Delegada ante la Corporación, en cuanto a la improcedencia de pretender darle al fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos el carácter o los mismos efectos de una causal de anulación, así como de pretender ejercer de manera autónoma una acción contenciosa administrativa, o la de nulidad, para que se declare como asunto principal la pérdida de fuerza ejecutoria de dichos actos. Sobre el punto es menester precisar:

1. Las causales de nulidad de los actos administrativos se encuentran previstas en el artículo 84 del C.C.A., a saber:

a.- Infracción de las normas superiores en que el acto administrativo debe fundarse, entendidas dentro de ellas las disposiciones y principios constitucionales, como las normas que tienen la virtud de vincular de manera directa a los actos de las autoridades estatales, así como los principios generales del derecho.

b.- Expedición del acto administrativo por funcionario incompetente, o con falta de competencia para la expedición del acto.

c.- Expedición del acto en forma irregular, que doctrinaria y jurisprudencialmente se denomina vicios de forma o de procedimiento.

d.- Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

e.- Expedición del acto con falsa motivación, y

f.- Expedición del acto con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación (desviación de poder).

2. La forma como se da la regulación de tales causales lleva implícito el principio de la taxatividad, en tanto ellas son las únicas que pueden tomarse como razones para anular los actos administrativos, sin que en ello tenga incidencia alguna el hecho de que algunas resulten englobadas o expresadas en conceptos más amplios o equivalentes, como el del debido proceso o el de ilegalidad o inconstitucionalidad.

3. Todas operan en la etapa de formación o producción del acto administrativo o hacen relación al contenido con que se crea, por cuanto la norma reseñada las vincula a la actividad de su expedición o a las circunstancias internas o externas en que nace a la vida jurídica: ya por que nació con un contenido contrario a las normas superiores en que debía sustentarse, o porque se haya expedido con las falencias previstas en las causales restantes.

4. El fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria, no sólo es una situación que no encaja en alguna de tales causales, sino que es una institución jurídica distinta a la de la anulación del acto administrativo; y, por lo mismo, tiene su propia regulación, de la cual surge que posea a su vez sus propias causales, a saber, las descritas en el artículo 66 del C.C.A., sus propias características, efectos, mecanismos para hacerla efectiva, etc.

5.- Como su nombre lo indica, dicha figura está referida específicamente a uno de los atributos o características del acto administrativo, cual es la de la ejecutividad del mismo, es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la Administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda, consagrada en el primer inciso del precitado artículo 66, al disponer que “salvo norma en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos...”.

Dentro de las cinco circunstancias o causas de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, está la invocada por las actoras, esto es, la desaparición de sus fundamentos de derecho (numeral 2, artículo 66 cit.), cuya ocurrencia para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales

causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación.

La pérdida de vigencia del acto, que corresponde a la quinta causal de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, establece dicha pérdida como resultado o consecuencia, y no como causa, de la nulidad del acto administrativo, en tanto la anulación, junto con la revocación y la derogación, entre otras, es una de las formas de la pérdida de vigencia de los actos administrativos.

Lo anterior concuerda o se armoniza con la posición jurisprudencial según la cual el juzgamiento de la legitimidad de los actos administrativos, se debe hacer bajo la consideración de las circunstancias dentro de las cuales se producen, de la que a su vez se ha inferido la improcedencia de la ilegalidad sobreviniente de los actos administrativos, ya que este evento se subsume precisamente en la figura de pérdida de fuerza ejecutoria o de decaimiento del acto, por desaparición de sus fundamentos de derecho...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

TEORÍA DE LA CONVALIDACIÓN DEL ACTO IRREGULAR

*Un acto inválido puede ser regularizado por otro acto
administrativo posterior*

6 de junio de 1991

Radicación: CE-SEC1-EXP1991-N1244

...«A dos aspectos o cargos debe centrarse la atención de la Sala en orden a desatar la apelación.

Uno dice relación a la competencia del Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca - C.V.C. - para haber proferido la Resolución No. D. E. 3729 del 18 de octubre de 1982. El otro, a si dicho acto quebrantó o no el Acuerdo No. 14 del 23 de noviembre de 1976, dictado por el Consejo Directivo de la misma entidad.

En cuanto al primero, la preceptiva del Parágrafo del artículo 19o. del Acuerdo pretranscrito, concordante con el 23o. ibídem, que es del siguiente tenor:

“Si en razón de la instalación de nuevas industrias o crecimientos poblacionales o industriales imprevistos, llegaren a producirse situaciones que el Consejo Directivo de la CVC considera inaceptables, las exigencias de este Reglamento podrán ser modificadas. A tal efecto, la División de Aguas de la CVC dará un aviso a las entidades públicas o privadas interesadas, con antelación a la fecha de vigencia dentro de un plazo razonable, de acuerdo a (sic) las obras necesarias”.

No deja dudas sobre que es el consejo Directivo de la CVC el órgano competente para modificar los parámetros establecidos en el mismo Acuerdo, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal al afirmar que no habiéndose señalado en el Acuerdo la persona que debe aplicar la norma, le correspondía hacerlo a su representante legal, que fue, dice, lo que ocurrió al proferirse por el Director Ejecutivo la resolución atacada, apreciación ésta, estima la Sala, por demás errónea, pues no se trata propiamente de la

ejecución o aplicación de la norma, sino de su modificación, de la alteración de su contenido.

Pese a lo anterior, se constata en el proceso que el consejo directivo de la CVC al conocer de la apelación interpuesta contra la Resolución 3729 de 1982 proferida por el Director Ejecutivo, consignó en su Resolución 1707 del 5 de octubre de 1983, que desató el recurso que consideraba la actuación del director al expedir la resolución recurrida, correcta en todas sus partes y acorde con lo dispuesto en el Acuerdo 14 de 1976, pues aquel en su calidad de representante legal de la entidad era la persona indicada para expedir dicha resolución, y al proceder así, simplemente lo que hizo fue dar aplicación a lo que en el Acuerdo se dispone.

En esta forma, la irregularidad del acto demandado desapareció por la confirmación que el Consejo Directivo le diera, como en efecto se dio en los términos referidos.

La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto irregular ha expresado que en ciertos casos y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto el acto irregular queda convalidado, connotación ésta para lo cual corrientemente se usan las expresiones de confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme.

Con el alcance indicado el acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización o aprobación que faltaba, etc.

Desde luego que no todos los actos pueden ser convalidados. Los actos radicalmente nulos, por falta de alguno de sus elementos esenciales, no pueden serlo. Si en tal caso se dicta un acto de convalidación, en realidad se está en presencia de un nuevo acto.

Acerca de la irregularidad que puede afectar los actos administrativos vinculada al esencial elemento de «órgano competente» que debe producirlos, la doctrina invocada manifiesta que si el acto fue dictado careciendo la administración de toda competencia, el acto es radicalmente nulo o insaneable; lo mismo ocurre si se invadió la competencia de los órganos legislativos o jurisdiccionales.

Igual solución corresponderá generalmente si el acto entra en la competencia de los órganos de administración de otra persona pública. En cambio, si la cuestión de competencia es puramente interna, la invalidez puede en algunos casos ser subsanada (Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, págs. 433, 434, 511, 512, y 513. Ed. Martin Bianchi, Montevideo, Segunda Edición), como en el evento que se acaba de exponer. El Director Ejecutivo y el Consejo Directivo pertenecen al mismo ente público, la CVC, y ocupan en dicha Corporación una misma jerarquía como se infiere de las normas que regulan la organización y funcionamiento de los establecimientos públicos (Decretos 1050 y 3130 de 1968), categoría de los entes descentralizados a la que pertenece la Corporación Autónoma Regional del Cauca, por virtud de la norma legal que lo creó y en razón de la naturaleza administrativa de las funciones que cumple...».

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez (Ausente),
Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.*

PURGA DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los actos administrativos se juzgan a la luz de la normativa vigente al momento de su expedición, lo cual implica que el aludido fenómeno no proceda frente a la actividad de control de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

19 de diciembre de 2005

Radicación: 11001-03-24-000-2001-00342-01

...«La Ley 9ª de 1979, por la cual se dictan medidas sanitarias y que sirve de fundamento a las Resoluciones acusadas, dispone:

“Artículo 137. Para la importación, fabricación o comercio de cualquier plaguicida, se requerirá registro expedido conforme a lo establecido en la presente Ley y su reglamentación. Este registro sólo podrá ser expedido por la autoridad competente cuando a juicio del Ministerio de Salud el plaguicida en cuestión no represente un grave riesgo para la salud humana o el ambiente y no sea posible su sustitución adecuada por productos menos peligrosos.

Parágrafo. Los plaguicidas que en la fecha de vigencia de la presente Ley cuenten con la licencia del ICA y con certificado de uso de Salud Pública se consideran registrados pero quedarán sujetos a la renovación de dicho registro en el lapso que establezca el Ministerio de Salud”.

Las Resoluciones demandadas se fundamentaron entre otros, en el Decreto 459 de 2000. (...)

Ahora, también plantea el impugnante la “purga de ilegalidad” por cuanto el tema a que se contraen los actos acusados fue elevado a la categoría de norma legal en el artículo 4º de la Ley 822 de 2003.

Al respecto, debe la Sala advertir que conforme a los principios que gobiernan la materia objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se considera de recibo la aplicación de la llamada “purga de ilegalidad” por cuanto los actos administrativos acusados se juzgan a la

luz de la normativa vigente al momento de su expedición, lo cual implica que el aludido fenómeno no proceda frente a la actividad de control que a esta Jurisdicción incumbe...».

*Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta,
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, María Claudia Rojas Lasso.*

PURGA DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En el evento de que llegare a aceptarse su aplicación, debe tenerse de presente que no todos los vicios del acto administrativo son saneables

1° de diciembre de 2016

Radicación: 13001-23-31-000-2012-00192-02

...«VI-.2. El fenómeno jurídico de la “purga de ilegalidad”.

Argumentaron los recurrentes que el tema de los honorarios de los ediles quedó subsumido en norma superior cuando el Congreso de la República expidió la Ley 1617 de 2013 “*Régimen para los Distritos Especiales*”, al establecer que “*por cada sesión que concurren los ediles su remuneración será igual a la del Alcalde Local dividida en 20, en ningún caso podrán exceder la remuneración del alcalde local*”.

Señalaron que la anterior disposición “*entró en vigencia el 5 de febrero de 2013, la cual aún sigue rigiendo (...) al haber derogado cualquier disposición que le resultare contraria*”, razón por la cual la ilegalidad del Decreto 0746 de 2003 “*fue purgada por la ley*”.

Sobre el tema, la Sala recuerda que la “purga de ilegalidad” es el fenómeno jurídico según el cual se considera no viciado de nulidad el acto administrativo que fue ilegal, si la norma quebrantada ha desaparecido del mundo jurídico por derogatoria.

La jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de mayo de 1933, “*considera no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez administrativo, por derogatoria, subrogación, o por haber sido declarado inexecutable o nula, o porque haya recibido sustento legal con posterioridad a su expedición*”.

De acuerdo con la doctrina la “purga de ilegalidad” consiste “en la desaparición del vicio de nulidad que estuviere afectado a un determinado acto administrativo, por efecto directo de modificaciones en las normas que le sirven de fundamento o en el ordenamiento jurídico que le es aplicable, o por disposición expresa del legislador o del Constituyente, éste último evento “corresponde a la convalidación del acto administrativo”.

Así pues, se tiene que dicho fenómeno hace parte de la llamada teoría de la convalidación de los actos administrativos a través de la cual se otorga efectos hacía atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen.

Ahora bien, respecto de su aplicación y su declaratoria en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la Sala recuerda que en sentencia de 19 de diciembre de 2005, con ponencia del Consejero de Estado doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se consideró que “conforme a los principios que gobiernan la materia objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se considera de recibo la aplicación de la llamada “purga de ilegalidad” por cuanto los actos administrativos acusados se juzgan a la luz de la normativa vigente al momento de su expedición, **lo cual implica que el aludido fenómeno no proceda frente a la actividad de control que a esta Jurisdicción incumbe**” (Negrillas fuera de texto).

No obstante lo anterior y en el evento de que en gracia de discusión se llegare a aceptar la aplicación de la citada figura jurídica, la Sala pone de presente que no todos los vicios del acto administrativo pueden llegar a ser susceptibles de convalidación, tal es el caso de la carencia absoluta de competencia respecto de la expedición del acto, ello teniendo en cuenta que por su naturaleza tal vicio escapa a la posibilidad de ser saneado.

Sobre el particular, la Sala trae a colación las siguientes decisiones:

- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado:

“Es claro que no todos los vicios del acto administrativo pueden ser susceptibles de convalidación: escapan a esta posibilidad de saneamiento, la carencia absoluta de competencia, a menos que se trate de una competencia puramente interna, o el acto ilícito porque su contenido no se ajusta a las normas jurídicas vigentes. ‘Dada su naturaleza este vicio no puede subsanarse, pues el acto de convalidación, por tener también contenido ilícito, sería así mismo nulo’. (Sayagués Lasso. Tratado de Derecho Administrativo. T. I, No. 334, Montevideo, 1953). **Tampoco podría ser convalidado el acto desviado, es decir el que se dictó**

con una finalidad contraria a los fines de la ley, ni el que carezca de motivos que lo justifiquen (Sayagués Lasso *ibídem*)” (Negrillas fuera de texto).

- Sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado:

“En el evento de aceptar que de conformidad con la Constitución Política de 1991, los gobernadores son competentes para expedir decretos que contengan la materia a que se contrae el acto acusado, ello no implicaría la purga de ilegalidad o convalidación del acto, que es lo que en últimas pretende el apelante. **La competencia, por ser un elemento esencial del acto, que impide que opere de manera retroactiva, razón por la cual si el acto fue dictado por un órgano no competente, es radicalmente nulo o insaneable**” (Negrillas fuera de texto).

- Sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado:

“... la ley 100 de 1993 está inspirada en una filosofía contraria a la sustentada por el suplicante, y **no se entienden convalidados con su expedición los actos administrativos demandados, pues escapan a la posibilidad de saneamiento los acto proferidos con carencia absoluta de competencia**” (Negrillas fuera de texto).

- Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“En esta oportunidad, en que la Sala procede a decidir de fondo, **mantendrá las razones que expuso al acceder a la medida de suspensión provisional de la circular 134 de 21 de junio de 1999, toda vez que la reglamentación de la materia por parte de la ley con posterioridad a la expedición de la circular demandada, no convalida en el ordenamiento jurídico la actuación viciada de ilegalidad por incompetencia, que la administración ejerció a través de ese acto.** Aunque en la etapa final del proceso, la entidad demandada alegó para defender la legalidad de la circular enjuiciada, que a través de ella lo que se pretendió fue regular el requisito establecido en el parágrafo 3º del art. 57 de la ley 550 de 1999 y no reglamentar el art. 30 de la ley 80 de 1993, para la Sala no es de recibo esta explicación, por cuanto la circular 0134 de 1999, es anterior a la ley 550 de 1999, en cuyo art. 57, parágrafo 3º, se estableció que “para participar en una licitación pública, presentación de ofertas o adjudicación de contratos con alguna entidad del Estado, el licitante deberá estar al día con sus obligaciones nacionales.” En efecto, esta ley tuvo vigencia a partir del 30 de diciembre de 1999[1], esto es, seis meses después de haberse expedido la Circular 0134, que lo fue el 21 de junio de ese mismo año”.

En el caso *sub examine*, si bien es cierto que con la expedición de la Ley 1617 de 2013, en el parágrafo del artículo 61 se reguló lo atinente a

los honorarios de los ediles de los distritos especiales, derogando todas las normas que le fueren contrarias, en especial, los Decretos 0746 de 2003 y 0899 de 2007, también lo es que en el marco del control judicial no resulta procedente la aplicación del fenómeno jurídico de la “*purga de ilegalidad*” como lo pretenden los recurrentes, dado que como se anotó líneas atrás los actos administrativos se juzgada de conformidad con las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

Aunado a ello, la Sala advierte que el acto acusado adolece de un vicio insanable, esto es, **haber sido expedido con carencia absoluta de competencia**, toda vez que el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, dispone que le corresponde ejercer al Congreso de la República, entre otras funciones, la de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados público, incluidos los miembros de las Corporación Públicas, circunstancia que a la luz de la jurisprudencia de la Corporación torna en inaplicable la figura en comento...».

*Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala.*

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Una vez se ha configurado frente a los recursos interpuestos contra el acto principal, la administración carece de competencia por el factor temporal, para expedir el acto expreso

20 de mayo de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5267

...«Conforme al artículo 22 del Decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó al artículo 135 del Decreto ley 01 de 1984, es un presupuesto de procedibilidad para incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra un acto administrativo definitivo y de carácter particular, el previo agotamiento de la vía gubernativa por acto expreso o presunto por silencio negativo: y que el silencio negativo en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa, dando a entender con esto último que los dos silencios negativos previstos en los artículos 40 y 60 del C.C.A. (frente a la petición y a los recursos) pueden producir dicho agotamiento.

Al estatuir este artículo, que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de junio de 1990, que tanto el silencio negativo frente a los recursos, como en relación con la primera petición, agotan la vía gubernativa, ello implica que por la ocurrencia de uno u otro fenómeno la autoridad administrativa pierde competencia, por el factor temporal, para pronunciarse sobre la petición y sobre los recursos, quedando así habilitado el administrado para instaurar la citada acción de nulidad resarcitoria.

Tan cierto es ello que el artículo 23 del Decreto-ley 2304 de 1989, subrogatorio del artículo 136 del Decreto-ley 01 de 1984, vigente cuando se expidieron los actos administrativos acusados y se presentó la demanda, prevé que el término de caducidad para incoar dicha acción será de cuatro meses contados a partir del día siguiente a aquél en que se configure el silencio negativo.

El texto de los artículos 22 y 23 del Decreto-ley 2304 de 1989 resulta así incompatible con los incisos 2° del artículo 40 y 3o del artículo 60 del C.C.A., que autorizan a la Administración para pronunciarse sobre la petición inicial o los recursos, mientras no se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que el agotamiento de la vía gubernativa que consagra el artículo 22 implica, como ya se dijo, que por ministerio de la ley la autoridad no puede pronunciarse sobre la petición o los recursos, es decir, que pierde competencia por el aspecto temporal, por atribuírsele una consecuencia jurídica a su silencio; y por mandato del artículo 23, al día siguiente de la ocurrencia del silencio negativo debe computarse el plazo perentorio e improrrogable para el ejercicio de la acción contencioso administrativa enunciada.

Por tal incompatibilidad debe estimarse insubsistente o derogado tácitamente el inciso 3o del artículo 60 del C.C.A., por el artículo 22 del Decreto-ley 2304 de 1989, según la regla de hermenéutica consagrada en el artículo 3o de la Ley 153 de 1887, el cual prevé que una disposición legal se estima insubsistente por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores.

Dicha incompatibilidad surgió dado que al declararse inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 20 de junio de 1990, los artículos 1o y 7o del Decreto-ley 2304 de 1989, que habían subrogado los artículos 40 y 60 del Decreto-ley 01 de 1984, ello trajo como consecuencia que recobrarán vigencia estos últimos, pues las normas compatibles con los artículos 22 y 23 del Decreto-ley 2304 de 1989 (subrogatorios de los artículos 135 y 136 del Decreto-ley 01 de 1984) eran los precitados artículos 1o y 7°.

Dichos artículos 1o y 7o establecían que ocurridos, en su orden, los silencios negativos frente a la petición y frente a los recursos, la autoridad administrativa perdía competencia para pronunciarse en relación con la petición y los recursos, lo cual hacía posible, por ministerio de la ley en ambos casos, el agotamiento de la vía gubernativa previsto en el artículo 22, y que al día siguiente de ocurrido el silencio negativo empezara a correr el término de caducidad consagrado en el artículo 23.

En el caso sub examine el actor presentó la demanda inicial el 9 de junio de 1995 (folio 29 del cuaderno principal) y en la pretensión primera de la misma impetró la nulidad del acto ficto o presunto, el cual, a su juicio, operó al no haberse decidido el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución núm. 037 de 30 de agosto de 1993.

En efecto, en el hecho 2.32 de aquella, manifestó:

“Julio Cesar Chaves Pantoja hasta la fecha no ha recibido notificación personal de decisión alguna que haya tomado la Oficina de Registro sobre los recursos que se han interpuesto.

Sin embargo, en la presente fecha se conoce el texto de la Resolución No. 133 del 5 de diciembre de 1994, emanada de la Oficina de Registro, en virtud de la cual se resolvió en forma desfavorable el recurso, declarando agotada la vía gubernativa, de la cual mi cliente en la presente fecha se da por notificado, entendiéndose entonces que existe silencio administrativo negativo de carácter procesal...”

En la pretensión cuarta de dicha demanda también impetró la nulidad del acto expreso, esto es, la Resolución núm. 133 de 5 de diciembre de 1994.

En escrito de 16 de agosto de 1995, el actor corrigió la demanda inicial para aclarar algunos hechos y pretensiones de la misma.

En lo que respecta a los hechos y, particularmente, al hecho 2.32, lo modificó así:

“JULIO CESAR CHAVES PANTOJA, hasta la fecha no ha recibido notificación personal de decisión alguna que haya tomado la Oficina de Registro sobre los recursos que se han interpuesto.

Sin embargo, en la presente fecha se conoce el texto de la Resolución No. 133 del 5 de diciembre de 1994, emanada de la Oficina de Registro, en virtud de la cual se resolvió en forma desfavorable el recurso de Reposición, señalando la improcedencia de la APELACION y, declarando agotada la vía gubernativa, no obstante que se había interpuesto recurso de apelación contra la resolución desfavorable, de la cual mi cliente en la presente fecha se da por notificado por conducta concluyente”

Y, en cuanto a las pretensiones, la corrección de la demanda tuvo por objeto suprimir la primera pretensión, esto es, la relativa a la demanda contra el acto ficto o presunto del cual se hizo mención anteriormente.

Resulta claro para la Sala que la demanda es contradictoria, dado que no pueden coexistir el acto ficto y el acto expreso. Sin embargo, no puede interpretarse la misma en el sentido de entender que lo que se está realmente demandando es el acto expreso, ya que, conforme a lo precisado ab initio de estas consideraciones, una vez configurado el silencio administrativo negativo en relación con los recursos interpuestos contra el acto principal,

la Administración por mandato legal no estaba autorizada, o carecía de competencia por el factor temporal, para expedir el acto expreso, en este caso, la Resolución núm. 133 de 5 de diciembre de 1994; y el administrado estaba habilitado para acudir ante esta Jurisdicción para impetrar la nulidad del acto ficto o presunto.

Así las cosas, como quiera que, conforme obra a folios 47 a 54 del cuaderno principal, el actor interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación contra la Resolución núm. 037 de 30 de agosto de 1993 el 6 de septiembre de 1993, según las voces del inciso 1° del artículo 60 del C.C.A., el silencio administrativo frente a dichos recursos operó el 6 de noviembre de 1993; y de acuerdo con el artículo 23 del Decreto-ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo 136 del C.C.A., el plazo de cuatro meses para el ejercicio oportuno de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en el caso sub examine empezó a contarse a partir del día siguiente al de haberse configurado el aludido silencio, es decir, el 7 del precitado mes y año, y precluyó el 7 de marzo de 1994.

Significa lo precedente que cuando se presentó la demanda inicial el 9 de junio de 1995 la acción ya estaba caducada, lo cual impide hacer un pronunciamiento de mérito respecto de las pretensiones de la demanda y conduce a la Sala a confirmar la sentencia apelada, pero por las razones antes expuestas, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia...».

*Juan Alberto Polo Figueroa (Salvamento de voto) Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez (Salvamento de voto),
Manuel S. Urueta Ayola, Miguel Gonzales Rodríguez (Conjuez).*

ACTO PRINCIPAL Y ACTOS CONFIRMATORIOS

Basta con demandar la nulidad del acto principal, porque de anularse este quedarían sin piso jurídico para su existencia los actos confirmatorios

28 de julio de 1980

Radicación: CE-SEC1-EXP1980-N3170

...«1. La Sala comparte el criterio del a-quo en cuanto que en realidad la acción incoada por la demandante no es la de simple nulidad, como ella lo afirma, sino la de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., porque, en primer lugar, el acto administrativo acusado, o sea la Resolución No. 0440 de 1978 emanada de la Gobernación del Departamento de Atlántico, es creador de situaciones jurídicas individuales que afectan a la actora y favorecen a la Comunidad religiosa peticionaria de la licencia, y, en segundo lugar, porque la finalidad perseguida con la acción es el establecimiento automático del presunto derecho lesionado y no el restablecimiento abstracto del orden jurídico que se dice quebrantado por el acto impugnado.

Siendo lo afirmado antes la interpretación correcta de la demanda, sin embargo estima la Sala que habiéndosele dado el trámite legal correspondiente, como aparece de autos, no era motivo para que el Tribunal se hubiera declarado por este aspecto inhibido para fallar de mérito. Las acciones de nulidad y de plena jurisdicción siguen un mismo procedimiento: el ordinario.

2. Expresa el Tribunal que el acto administrativo acusado es complejo porque la Resolución No. 0440 fue objeto del recurso de reposición y luego del de apelación los cuales dieron lugar a las Resoluciones de agosto 8 de 1978 (sin número) de la Gobernación del Departamento del Atlántico, en virtud de la cual se confirmó el acto acusado, y a la No. 1958 de 1978, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual igualmente se confirmó la Resolución principal. En consecuencia sostiene el a-quo, “al demandar únicamente la primera, se hace imposible el restablecimiento de

la legalidad —y de sus derechos—, dado que quedarían vigentes los restantes actos integrantes del proceso gubernativo. Esta situación procesal trae como consecuencia que la demanda es sustancialmente inepta por no haberse demandado el acto complejo, e impide al Tribunal un pronunciamiento de mérito dada la falta del presupuesto procesal exigido por el ordinal 2o. del artículo 34, antes mencionado” (C.C.A.).

No comparte la Sala las anteriores opiniones del Tribunal, porque considera que ha caído en una confusión conceptual al tener como acto complejo una serie de actos simples, como son la Resolución impugnada y las posteriores confirmatorias de la primera.

Sobre lo que es el acto complejo se ha pronunciado tanto la doctrina nacional y extranjera como la jurisprudencia de esta Corporación. (...)

Resumiendo, puede decirse que acto complejo es una decisión resultante de la concurrencia o fusión de las voluntades de varios órganos de la administración, que actúan independientemente en el proceso de formación del mismo.

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

a) Tiene unidad de contenido y unidad de fin;

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

La serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente.

Teniendo en cuenta lo expresado, se comprende fácilmente que en el caso sub-judice no se está en presencia de un acto complejo sino de una serie de actos simples, porque para la existencia y validez jurídica de la Resolución impugnada y de las que la confirmaron no se requiere la concurrencia de las varias voluntades de los distintos órganos que las profririeron ni constituyen una unidad de contenido, aunque por la confirmación de la principal pudiera decirse lo contrario. El hecho de que los actos simples estén sometidos a recurso no les cambia su naturaleza ni los convierte en complejos.

En relación con los actos simples que han sido objeto de recursos que han dado origen a otras providencias, se deben distinguir tres eventos, que para el efecto de demandar su nulidad deben tenerse en cuenta, a saber:

Cuando las decisiones que resuelven los recursos son revocatorias de la decisión principal. En este supuesto debe demandarse el acto administrativo que revoca los anteriores, porque al anularse el acto revocatorio queda vigente el que fue objeto de revocación, que debe ser el fin lógico perseguido por el demandante.

Cuando las decisiones que resuelven los recursos son modificatorias de la decisión principal. En este caso debe demandarse la nulidad tanto del acto principal como la de los actos modificatorios. Pues sólo así se consigue el fin lógico perseguido por el demandante, que debe ser el que se atiendan las pretensiones que lo llevaron a recurrir por la vía gubernativa. De demandar es porque no quedó satisfecho con lo resuelto.

Cuando las decisiones que resuelven los recursos son confirmatorias de la decisión principal. En este evento basta con demandar la nulidad del acto principal, porque de anularse éste quedarían sin piso jurídico para su existencia los actos confirmatorios. (...)

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a concluir que el Tribunal Administrativo del Atlántico no debió inhibirse para pronunciar sentencia de mérito, por cuanto el acto demandado fue el principal y no los confirmatorios. Por consiguiente, habrá de revocarse la providencia apelada...»

*Alfonso Arango Henao (No Asistió), Carlos Galindo Pinilla,
Jacobó Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V.*

ACTO PRINCIPAL Y ACTOS CONFIRMATORIOS

Son una unidad jurídica que deben demandarse en su totalidad si se quiere obtener una declaración eficaz de nulidad

10 de septiembre de 1982

Radicación: CE-SEC1-EXP1982-N3604

...«El Acuerdo Número 306 de 1980 atacado, fue notificado al Actor el 28 de enero de 1981 según consta al folio 5 vto. La demanda de plena jurisdicción instaurada fue presentada el 24 de abril de 1981 (folio 115 vto.), esto es en el término legal. Pero mediante auto de 8 de mayo de 1981 se decidió ordenar la devolución de la misma y sus anexos “para que si a bien lo tiene, la corrija de acuerdo con lo dicho en esta providencia”

Los motivos de tal decisión fueron:

Que no apareció establecido el interés jurídico del Doctor Jorge Pineros Corpas para efectos de la acción; que no se cumplió con la exigencia de acompañar la copia hábil del acto acusado y finalmente, que no había agotado la vía gubernativa puesto que hasta ese momento se había interpuesto un recurso de reposición contra el acto acusado el que no había sido resuelto todavía.

Al corregirse la demanda de acuerdo con dicha providencia fueron satisfechos los requisitos mencionados y en lo relativo al agotamiento de la vía gubernativa el demandante dijo:

“Habida consideración a que, por el tiempo transcurrido, en la presente fecha aparece la prueba de que la reposición interpuesta por mi mandante fue desechada por Acuerdo No. 075 del 31 de marzo de 1981, originario del ICFES, ya no se hace necesario, en este caso, acudir al fenómeno del silencio administrativo, pues en virtud de la providencia que denegó el recurso, se ha agotado la vía gubernativa. Acompaño la fotocopia autenticada por el

Notario 13 del Círculo de Bogotá, D.E., del Acuerdo No. 075 del 31 de marzo, de 1981 con su constancia de notificación.

El Consejero sustanciador en Auto visible a folio 136 dio por bien cumplidas todas las exigencias anotadas y dispuso entonces admitir la demanda y fijar el negocio en lista por el término legal. En lo demás, el proceso siguió su curso normal hasta su terminación.

El señor Fiscal Primero, como ya se dijo, conceptuó que las pretensiones de la demanda deben prosperar, Sin embargo, se observa lo siguiente:

Es cierto que se corrigieron los defectos anotados en su momento y que con relación al más importante que era el relativo al agotamiento de la vía gubernativa, el actor demostró haberla agotado mediante la presentación del Acuerdo No. 075 de marzo de 1981 que resolvió el recurso de reposición por él interpuesto.

Sin embargo, al formular las peticiones de la demanda, no incluyó entre ellas la solicitud de nulidad de dicho Acuerdo, con lo cual se generó una demanda sustentativamente inepta por la siguiente razón:

El Acuerdo No. 075 al decidir el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo No. 306 de 1980 dispuso no reponerlo (artículo 1o.), confirmarlo en todas sus partes, (artículo 2o.), y declarar así agotada la vía gubernativa (artículo 3o.). Esto significa entre otras cosas, que el tiempo para caducidad de la acción debe empezar a contarse a partir de la notificación de dicho acuerdo que fue el que dio por agotada la vía gubernativa, hecha el 21 de mayo de 1981 según consta a folio 129, y no a partir de la notificación del Acuerdo No. 306, verificada como se dijo el 26 de enero de 1981.

El escrito que impropiaamente fue llamado corrección de la demanda, fue presentado oportunamente el 27 de mayo siguiente, pero extrañamente, se insiste, no se solicitó la nulidad del acto definitivo (Acuerdo No. 075) que mantuvo el Acuerdo No. 306, con el cual éste constituía una unidad jurídica que debió haberse atacado en su totalidad si se quería obtener una declaración eficaz de nulidad, tratándose de una acción de plena jurisdicción como la presente.

Al no haberse demandado los dos acuerdos mencionados el actor se colocó, él mismo, en imposibilidad de obtener lo buscado, pues al no demandar el acuerdo final no sería posible el restablecimiento del derecho pretendido por el actor.

En efecto, en el evento de que se declarara la nulidad del Acuerdo No. 306 dejando vigente el No. 075 que lo mantiene, se haría una declaración ineficaz o inocua del derecho, que no produciría el efecto deseado. Se trata entonces en el caso presente de una demanda sustantivamente inepta que impide que se pueda fallar de fondo el asunto que se plantea.

Con lo anterior se modifica la jurisprudencia de la Sala expresada en el fallo de 28 de julio de 1980 (Expediente 3170, Actor: Fanny García Lobo), en donde tratándose de los actos simples sometidos a recurso que no por ello se convierten en complejos, se dijo en lo pertinente:

Se deben distinguir tres eventos. 3) Cuando las decisiones que resuelven los recursos son confirmatorias de la decisión principal. En este evento basta con demandar la nulidad del acto principal, porque de anularse éste quedarían sin piso jurídico para su existencia los actos confirmatorios”.

En efecto, la modificación se impone porque:

1) Si bastara con demandar el acto principal, para determinar la caducidad en las acciones de plena jurisdicción sería necesario tener en cuenta la notificación de dicho acto principal y no la del acto que lo confirmó, lo que es ilógico y además puede ir en perjuicio del propio administrado:

Es ilógico, porque el acto que termina la actuación de la administración es el confirmatorio y no el principal y es con aquel con el que se agota la vía gubernativa y no con el principal. Aceptar que se demande solo el principal es, por tanto, dejar sin sentido lo que los artículos 82 del Código Contencioso Administrativo y 18 del Decreto 2733 de 1959 exigen, cuando establecen que es indispensable agotar la vía gubernativa para acudir a la vía contenciosa.

Puede ser perjudicial al propio administrado, porque aceptar que hasta demandar el acto principal, implica que el término de caducidad de la acción se debe empezar a contar desde el momento de su notificación o publicación que puede haber precedido en mucho a la expedición y notificación del acto confirmatorio, pudiendo así operarse la caducidad de la acción iniciada. Lo contrario será aceptar que se demande la nulidad del acto principal pero contando el término de caducidad desde el acto confirmatorio, lo que a todas luces es un contrasentido jurídico.

2) Aceptar que se demande solo el acto principal es dejar de lado lo prescrito por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo cuando dice que: “si la acción es la de nulidad de un acto administrativo se

individualizará este con toda precisión” y desconocer también lo que establece como complemento el artículo 86, que exige que el actor acompañe “una copia del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según los casos”.

En efecto, “individualizar el acto con toda precisión” como dice el artículo, exige la inclusión de todos los producidos en la vía gubernativa, aunque sean confirmatorios del primero, porque éstos son tan importantes para el acto principal, que son ellos finalmente los que permiten saber si antes de la decisión judicial, el acto principal se mantiene vigente o no. Anulado el acto principal, éstos actos no quedan sin piso jurídico porque, al contrario, son ellos los que le dan firmeza jurídica al principal, pues mientras ellos no se dicten no se puede decir que el acto principal está en firme, a no ser el caso del silencio administrativo.

Por ello bien puede afirmarse, que basta con demandar la nulidad de los actos que confirman el principal para que este 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.

3) Como nuestra justicia es rogada, al demandar solamente la nulidad del acto principal, la sentencia no puede decidir la nulidad del acto que lo confirma, que es un acto independiente, posterior y válido mientras no sea anulado, porque esto significa un fallo extra-pelita no aceptado por nuestra legislación.

El artículo 304 del C.P.C. aplicable por disposición del 282 del Código Contencioso Administrativo, dice que la sentencia “deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda”, pero no sobre las que no fueron planteadas. Al no poder declararse su nulidad por no haber sido pedida, el acto confirmatorio queda vigente íntegramente, y no deja de ser una ilusión jurídica pensar que queda sin piso con la anulación del principal como lo afirma la jurisprudencia modificada.

Y ese acto queda vigente por dos razones: 1) Por no haber podido ser anulado por la sentencia, tal como se acaba de sostener y 2) Porque el acto confirmatorio puede llegar a reproducir íntegramente el principal que le sirve de base; y al ser posterior y haberse dictado cuando aún no se había declarado la nulidad del principal, no se presenta la eventualidad que

plantea el artículo 99 del Código Contencioso Administrativo, que prohíbe la reproducción de actos anulados o suspendidos. Sin embargo de aceptarse que se presente tal situación, sería necesaria una nueva demanda para declarar por tal causal su nulidad...».

*Roberto Suárez Franco, Samuel Buitrago Hurtado,
Jacobó Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco.*

VÍA GUBERNATIVA

Es factible plantear nuevos argumentos ante los jueces administrativos, pero no hechos nuevos distintos a los esbozados en la vía gubernativa

12 de junio de 1997

Radicación: CE-SEC1-EXP1997-N2607

...«a. Tiene definido la jurisprudencia, con base en las previsiones del C. C. A., que para acudir a la jurisdicción contenciosa es menester que previamente se haya agotado la vía gubernativa, procedimiento éste que brinda a la administración la oportunidad de reexaminar las razones de la determinación que haya adoptado por virtud del empleo de los pertinentes medios de impugnación por los interesados.

b. También se ha sostenido que se requiere que el planteamiento hecho por la referida vía se identifique con el que se hace ante los jueces administrativos, sin embargo de lo cual es factible que se puedan plantear nuevos argumentos por quien instaura la acción.

c. Pero es necesario distinguir lo que es un nuevo argumento o razonamiento, de lo que constituye la presentación de un hecho diferente para que ello conduzca a la declaración o reconocimiento de un derecho. El razonamiento (argumento) es un discurso encaminado a demostrar una situación de hecho planteada antes, para que se adopte una decisión respecto del derecho que se pretende, mediante la persuasión de aquél a quien se dirige, como la autoridad competente, por ejemplo. No modifica, en el sentido de ampliar o recortar, los hechos a que se contrae el correspondiente debate, sino que simplemente, sobre la base de los mismos y desarrollando una labor dialéctica, aspira a obtener la persuasión o disuasión, según el caso, del interlocutor o juez. En cambio, el hecho nuevo, como es obvio, amplía la realidad del debate que se venía desarrollando.

d. Así las cosas, cuando se afirma que debe haber coincidencia entre lo debatido en vía gubernativa y lo que se plantea al juez, ello presupone principalmente que no se modifique la realidad fáctica del problema. Y está bien que sea de ese modo, pues de lo contrario se sorprendería a la administración en los procesos judiciales, con aspectos que no fueron sometidos a su consideración o examen...».

*Manuel S. Urueta Ayola, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

VÍA GUBERNATIVA

Es procedente alegar en el proceso judicial causales de nulidad nuevas, no planteadas inicialmente en sede administrativa

11 de diciembre de 2006

Radicación: 25000-23-15-000-2001-00413-01

...«En primer lugar en relación con el agotamiento de la vía gubernativa, la Sala reitera la jurisprudencia expresada en diferentes sentencias en cuanto ha considerado que es procedente alegar causales de nulidad nuevas, no planteadas inicialmente en sede administrativa, porque si lo que la ley pretendiera al acudir ante la jurisdicción contenciosa fuera la reproducción de los argumentos expuestos en la vía gubernativa exigiría copia de los recursos interpuestos en lugar de exigir la demanda con los requisitos del C.C.A., por lo tanto la Sala se referirá a todos los cargos esgrimidos por el actor.

Lo antes dicho porque unos son las causales de revocabilidad de un acto administrativo y otras las de anulación, en donde estas últimas pueden ser propuestas ante esta jurisdicción contenciosa...».

*Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Camilo Arciniegas Andrade,
Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Martha Sofía Sanz Tobón.*

VÍA GUBERNATIVA

Agotamiento

20 de septiembre de 2007

Radicación: 13001-23-31-000-1995-12217-01

...«Al tenor del artículo 135 del C.C.A. el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al establecer en su primer inciso que “La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo”.

La vía gubernativa se agota i) cuando el acto no es susceptible de recurso, ii) cuando los recursos han sido resueltos por acto expreso o presunto o iii), cuando se ha dejado de interponer el recurso de reposición y/o queja, según las voces del artículo 63 del C.C.A. en concordancia con los artículos 51 y 62 del mismo estatuto, en cuanto aquél dispone que “El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.”, y el segundo, en su parte final señala que “Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios”.

Lo anterior significa que el agotamiento de la vía gubernativa está determinado por diversas circunstancias, según lo visto en los artículos 63 y 135 del C.C.A., en concordancia con los artículos 51, in fine, y 62 ibídem, tal agotamiento se considera cumplido:

i) Cuando el acto no es susceptible de recurso, caso en el cual cabe decir que la acción se puede ejercer de manera directa;

ii) Salvo norma que señale lo contrario, cuando siendo susceptible únicamente de recurso de reposición, el interesado no lo interpone - sea que deje vencer el término, que renuncie a él o desista del mismo - o si lo interpone es resuelto mediante acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo;

iii) Cuando siendo susceptible también del recurso de apelación, el interesado lo interpone directamente o de manera subsidiaria y es resuelto por acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo; y

iv) Cuando la autoridad impide que el interesado haga uso de los recursos.

3.- Actos objeto de la vía gubernativa

Debe precisarse que los actos administrativos particulares que son susceptibles de recursos son los que ponen fin a una actuación administrativa o impiden que ella continúe, según lo señala el artículo 50 del C.C.A, que al punto dice:

“ARTÍCULO 50. RECURSOS EN LA VÍA GUBERNATIVA. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.”

Por consiguiente, la expresión “un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo” contenida en el artículo 135 arriba citado habrá que entenderla en el sentido como está calificado ese acto en el artículo 50 pretranscrito, esto es, como el acto que pone fin a una actuación administrativa o impide que ésta continúe, que de suyo siempre es de carácter particular o subjetivo cuando la actuación a la que le pone fin es una cualquiera de las actuaciones distintas a las que se inician en ejercicio del derecho de petición en interés general, es decir, las previstas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 4º del C.A.A., a saber: i) las que se inician en ejercicio del derecho de petición en interés particular; ii) las que se inician en cumplimiento de un deber legal, y iii) las que se inician de oficio.

Es entonces en relación con el acto o la decisión que le pone fin a cualquiera de esas tres actuaciones que es menester agotar la vía gubernativa para perseguir su nulidad y el restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

4. Finalidad del agotamiento de la vía gubernativa

Está dicho por la jurisprudencia y la doctrina que la finalidad de ese requisito de procedibilidad de la acción es, de una parte, dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria, y una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido.

Pero visto el panorama de las diversas situaciones jurídicas en que puede ocurrir el agotamiento de la vía gubernativa en el sentido expuesto, esa finalidad sólo encuadra en el caso a que se refiere el numeral segundo del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, es decir, cuando el interesado haga uso de los recursos procedentes contra el acto administrativo en mención, de los cuales, por regla general, está consagrado que el recurso de apelación es obligatorio.

Lo anteriormente expuesto se explica en tanto se entienda la vía gubernativa como una de las especiales manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia y consecuentemente como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, lo que en últimas se traduce en un potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión.

5.- La tesis jurisprudencial del indebido agotamiento de la vía gubernativa

La jurisprudencia igualmente ha acuñado la figura del debido o indebido agotamiento de la vía gubernativa, como una forma de delimitar la comprensión material o sustancial de ese presupuesto de la acción en comento, la cual aparece unificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 6 de agosto de 1991, expediente núm. S-145, consejera ponente doctora Clara Forero de Castro, con el siguiente alcance:

“Ese control administrativo es obligatorio, como se desprende del artículo 135 del C.C.A. y debe ser también real y efectivo.

Por esa razón, el artículo 52 del C.C.A. establece requisitos que deben cumplir los recurrentes, cuya finalidad es la de hacer posible y eficaz el control por parte de la Administración.

Dispone entonces el mencionado artículo, que los recursos se interpongan por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o su apoderado, y que sean sustentados ‘con la expresión concreta de los motivos de inconformidad’”.

En resumen, lo que se busca con esta última exigencia para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración

La identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir, en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición.

No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa.”

En ese orden, según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hay indebido agotamiento cuando se plantean asuntos o se hacen peticiones o

solicitudes no formuladas en la vía gubernativa, respecto de las cuales no se cumpliría con ese presupuesto procesal; pero es viable plantear argumentos nuevos o mejores argumentos, y así se ha acogido por las diferentes secciones, v. gr. en las consideraciones expuestas por la Sección Cuarta en sentencia de 17 de marzo de 2005, exp. núm. 14113, Consejera Ponente, Dra. María Inés Ortiz Barbosa, así:

“... no existe ninguna limitación para que ante la jurisdicción puedan aducirse nuevos y mejores argumentos a los expuestos en vía gubernativa como causal de nulidad de los actos administrativos cuya legalidad se impugna. En efecto,... las causales de nulidad son las consagradas en el artículo 84 del C.C.A., para todos los actos administrativos, y su invocación no está condicionada a que se hubieren alegado en la vía gubernativa. De donde se deduce la posibilidad de alegar causales nuevas no planteadas inicialmente, pues el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el segundo inciso del artículo 84...”

Articulando los planteamientos de esa tesis jurisprudencial, se observa que ella tendría relevancia o aplicabilidad en el caso de que el agotamiento se haya dado por la decisión expresa o presunta de los recursos interpuestos que procedan, y no en los eventos en los que el acto no es susceptible de recurso o sólo lo es del recurso de reposición y éste se deja de interponer, por cuanto únicamente en tales situaciones se podrá establecer la eventual identificación entre lo solicitado en la vía gubernativa y lo propuesto en la demanda que se instaure en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

6.- El caso bajo examen

Pues bien, en el presente caso se tiene que mediante la Resolución 236 de 18 de abril de 1989 la Aduana de Cartagena le impuso a la actora una multa por valor de \$33'015.264.00 “...por no entregar completa la mercancía relacionada en el manifiesto de carga de la motonave ‘AN PING No. 2’”, decisión frente a la cual fueron interpuestos oportunamente los recursos de reposición y en subsidio apelación.

Como quiera que la Resolución 236 de 18 de abril de 1989 al resolver los mencionados recursos fue confirmada mediante las Resoluciones 488 de 27 de octubre de 1992 y 5877 de 20 de diciembre de 1994, la actora demandó ante esta jurisdicción su declaratoria de nulidad.

En sede administrativa la actora solicitó la aplicación del párrafo 2º del artículo 43 del Decreto 2666 de 1984 y la revocación de la Resolución 236 de 18 de abril de 1989, en cuanto el supuesto faltante de la mercancía se debió a causas ajenas a ella ocurridas durante el cargue; y que se declarara que no hay lugar a imponerle multa en su condición de agente marítimo. Preceptuaba el mencionado artículo 43 del Decreto 2666 de 1984:

“Artículo 43. Inventario de mercancías. Toda mercancía que se entregue a la aduana o a entidad autorizada por ella será inventariada según marcas y números que aparezcan en sus embalajes y verificada por su peso y cantidad en el momento y lugar de recibo.

“Párrafo 1o. La falta de entrega de la mercancía relacionada en el manifiesto de carga o la entrega de la que no esté relacionada, dará lugar a la imposición de multas por el doble de los derechos de importación correspondientes a las dejadas de entregar o entregadas en exceso, multas que impondrá el administrador al transportista o a su representante legal mediante resolución motivada, dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir de la llegada del medio de transporte, sin perjuicio de las demás consecuencias aduaneras que puedan derivarse.

“Párrafo 2o. Cuando se compruebe dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir de la notificación de la resolución, que el faltante o el exceso obedecieron a errores o a causas justificadas en el cargue o descargue, o a caso fortuito o fuerza mayor ocurridos durante el transporte, no habrá lugar a la imposición de multas”.

En la acción judicial la actora, entre otros argumentos, adujo que el párrafo 1º del artículo 43 del Decreto 2666 de 1984 no le era aplicable a ella, pues el sujeto pasivo de las multas allí previstas es el transportista y no el agente marítimo, calidad con que actuó ante el importador de la mercancía y, por tanto, solicitó que se declare la nulidad de la multa impuesta.

Para la Sala es evidente que en sede administrativa, incluyendo la vía gubernativa, se trató de la misma cuestión o asunto traído por la actora a esta jurisdicción, esto es, la multa impuesta a ella por el indicado faltante de la mercancía importada.

Por lo tanto, la circunstancia de que en sede administrativa hubiera aducido en su favor el párrafo 2º del artículo 43 del Decreto 2666 de 1984 y en sede jurisdiccional hubiera fundamentado la demanda en el párrafo 1º ibídem, no constituye un asunto nuevo o una solicitud no formulada en vía gubernativa, sino razones o argumentos jurídicos para sustentar sus motivos

de inconformidad frente al acto enjuiciado y, por ende, su pretensión de que quede sin efecto, ahora a título de su anulación; luego al respecto no se configura la excepción de “indebido agotamiento de la vía gubernativa” que propone la entidad demandada, que de acuerdo a lo expuesto lo apropiado es utilizar la expresión “falta de agotamiento de la vía gubernativa”.

En ese orden, lo que emerge es que con un argumento diferente al propuesto en sede administrativa la actora logró ante esta jurisdicción desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados y como consecuencia de su declaración de nulidad dejar sin efecto la multa, solicitud que en la vía gubernativa presentó y que le fue adversa, lo cual, se insiste, no es óbice para que encuentre eco, independientemente de que el argumento allá expuesto no coincida con el aquí planteado.

En consecuencia, y como quiera que la DIAN en su recurso se limitó a proponer la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, la cual, como ya se dijo, carece de prosperidad, la Sala confirmará la sentencia apelada, no sin antes expresar que le asistió razón al a quo cuando declaró la nulidad de los actos acusados por haberle sido impuesta la multa a NAVES LTDA., agente marítimo, y no así a la transportadora, persona que de conformidad con el artículo 43 del Decreto 2600 de 1984 es el sujeto pasivo de dicha sanción.

7.- Conveniencia de reexaminar la tesis

Dada la trascendencia de la tesis jurisprudencial a la que se ha hecho alusión, con fundamento en el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de que goza toda persona en Colombia, esta Sala considera necesario que ella sea reexaminada por la Sala Plena Contenciosa en una oportunidad que lo amerite, a la luz del contexto jurídico del actual ordenamiento jurídico colombiano y, en especial, del concerniente a la actuación administrativa y al agotamiento de la vía gubernativa, de la cual emerge que las decisiones del procedimiento administrativo (actuación administrativa y vía gubernativa) tienen un objeto delimitado cual es el de resolver las cuestiones que se planteen en el mismo, tanto en su inicio como en su decurso, pudiéndose observar que en la vía gubernativa se deben resolver no sólo las formuladas en el recurso, esto es, en los motivos de inconformidad, sino también los que aparezcan por causa del recurso, aunque no hubieren sido planteadas antes.

Por lo tanto, convendría considerar que más que de solicitudes, se trata de resolver cuestiones, esto es, “asunto o materia en general” según

una de las varias acepciones de la palabra cuestión, que al efecto pueden ser planteadas por el peticionario, por el obligado a cumplir un deber legal o por la autoridad de manera oficiosa y el correspondiente interesado, así como por terceros en todas esas eventualidades.

Igualmente, las consideraciones expuestas son coincidentes con el principio de congruencia consagrado en los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.”

De igual forma, la decisión de los recursos que se llegaren a interponer y que por lo mismo agota la vía gubernativa, está regulada en los aspectos atrás anotados en el artículo 59 *ibídem*, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 59. CONTENIDO DE LA DECISION. Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia, si es del caso.

La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes.”

Con este segundo inciso resulta pertinente el artículo 52 *ibídem* en tanto prevé que la interposición de los recursos debe ser motivada, al señalar que:

“Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

1. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente.”

Pues bien, lo que se exige del administrado al interponer los recursos procedentes contra una decisión de la Administración es que exprese los “motivos de inconformidad” que tenga en relación con aquella, sin que para ello deba recurrir a una técnica jurídica determinada, entre otras razones,

por cuanto para ejercitar la vía gubernativa no se requiere actuar mediante apoderado. Es factible, entonces, que el recurrente plantee algunos motivos de inconformidad en el recurso, pero que esos no sean los únicos pertinentes para impugnar el acto, circunstancia que podrá ser superada al momento de ejercitar la acción judicial correspondiente.

Por lo tanto, ayudaría a una mejor adecuación de la jurisprudencia sobre el tema a la normativa constitucional y legal pertinente en cuanto hace al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, dejar de lado el impreciso concepto de “hechos nuevos no planteados en la vía gubernativa”, toda vez que los hechos hacen parte de las razones que dan origen o sirven de fundamento a tales cuestiones, y como tal pasan a constituir parte de los fundamentos de la argumentación, por cuanto argumentar jurídicamente es aducir razones de hecho y/o de derecho, es esgrimir hechos y normas jurídicas para demostrar una tesis o la validez de la solución de una determinada cuestión de relevancia jurídica, de donde al ser admisible plantear mejores o nuevos argumentos, como lo tiene sentado la jurisprudencia, es por contera admisible plantear hechos nuevos en tanto están llamados a ser fundamento o parte de esos argumentos.

Así como en los actos administrativos se distingue el objeto o contenido, que es el asunto o la materia de que trata la decisión contenida en él, y los motivos o causa, que vienen a ser las razones de hecho y/o de derecho que determinan o sirven de fundamento a esa decisión, en lo que concierne al peticionario o recurrente también son distinguibles los asuntos o cuestiones objeto de sus peticiones y los hechos y normas que le sirven de fundamento a éstas.

Luego habría que concluir que sí es posible plantear o aducir en la demanda hechos nuevos no referenciados en la vía gubernativa, sobre la base de que tanto la vía gubernativa como la acción judicial son instrumentos garantistas consagrados en favor del administrado. Que si bien el recurrente pudo haber omitido algún motivo de inconformidad en la vía gubernativa, jurídicamente no existe razón para que no lo pueda formular en la demanda ante la Jurisdicción Contenciosa, instancia en la cual la Administración contará igualmente con todas las garantías para defender su decisión.

En fin, cuando el artículo 63 del C. C. A. dispone como una de las formas de agotamiento de la vía gubernativa “Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido”, mal puede el aplicador de la norma interpretar que los “hechos” aludidos por el recurrente deberán ser los

mismos que indefectiblemente deba aludir en la demanda ante el juez del conocimiento, sobre todo por cuanto con dicha interpretación se restringen las garantías del administrado antes referidas y, por ende, se vulneran los derechos fundamentales de acceso a la justicia y del debido proceso, tanto administrativo como judicial.

De todos modos, en este caso la actora no ha planteado cuestión, asunto o solicitud nueva, según la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, sino razones de derecho distintas a las esgrimidas en sede administrativa para impugnar la legalidad del acto administrativo enjuiciado, lo cual es totalmente legítimo utilizar por la accionante...».

*Martha Sofía Sanz Tobón, Camilo Arciniegas Andrade,
Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Marco Antonio Velilla Moreno.*

II. CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

ACCIONES DE NULIDAD Y DE PLENA JURISDICCIÓN

La nulidad solo procede frente a actos administrativos generales y la de plena jurisdicción solo puede ejercitarse contra actos administrativos particulares

1° de diciembre de 1959

Radicación: CE-SCA-EXP1959-12-01

...«Al contemplar la Ley 167 de 1941 dos órdenes de acto susceptibles de ser acusados ante la justicia contencioso administrativa los generales y los individuales, y al crear dos acciones paralelas la de nulidad y la de plena jurisdicción, deben ser ellas usadas discriminadamente y según corresponda. El expositor Eustorgio Sarria (Tratado de Derecho Administrativo) explica así el principio:

Situación jurídica individual: elementos esenciales.

Del carácter general, impersonal, objetivo, de la situación jurídica general, se desprenden los elementos esenciales de la misma, a saber:

a) La situación jurídica general es idéntica para todos los individuos que se hallan en las mismas condiciones de hecho. El acto jurídico que la crea, la organiza y regula, es necesariamente una ley o un reglamento. Esta es la razón para denominar a la situación jurídica general, legal o reglamentaria.

b) La situación jurídica general es permanente: el poder jurídico subsiste y se puede ejercer indefinidamente, sin que por ello fenezca.

c) La situación jurídica general es esencialmente modificable por la ley o reglamento; el titular de un poder general no puede exigir que su situación jurídica general no sea modificada.

Situación jurídica individual: elementos esenciales.

Del carácter particular subjetivo, de la situación jurídica individual se desprenden los elementos esenciales de la misma, a saber:

a) La situación jurídica individual es particular: comprende solo a un individuo determinado. La ley o reglamento nunca pueden crearlo.

b) La situación jurídica individual es temporal: después del ejercicio del poder o del cumplimiento del deber, el poder o deber jurídico desaparecen o caducan.

c) La situación jurídica individual no es modificable: el título está amparado contra modificaciones que contemple la ley o el reglamento en cuanto ellas puedan alterar esencialmente su derecho. Con todo es necesario aclarar que ello es así pero sin perjuicio de la aplicación del principio hoy universalmente aceptado de la supremacía del interés público o social.

Diferentes clases de poderes.

Los poderes de que se hallan investidos los individuos, son de dos clases: a) Generales o impersonales; b) Individuales.

Los primeros son los que pertenecen a todos los individuos que se hallen en las mismas condiciones de hecho, según la Ley o reglamento.

Los segundos, o sean los poderes individuales, son aquellos cuyo contenido aparece determinado de una manera particular a favor o en contra de un individuo determinado; no siendo la ley o reglamento quien hace esta determinación (La técnica jurídica).

El Consejo de Estado, hasta ahora, ha considerado que es de riguroso cumplimiento la técnica procesal contencioso administrativa para la viabilidad de la demanda:

Las acciones contencioso administrativas surgen de los distintos poderes de que se hayan investido los individuos. Es decir, según la nomenclatura de Jéze, de las distintas situaciones jurídicas. Más claro: las situaciones generales dan nacimiento a la acción de nulidad o de legalidad y las concretas a la de plena jurisdicción o de restablecimiento. La primera tiene por finalidad la conservación del orden jurídico general; la segunda la protección de un derecho civil o administrativo de orden objetivo, o sea la reparación de un perjuicio indemnizable. Desde luego toda violación de

un derecho de esta clase entraña una trasgresión próxima o remota de una norma de la Constitución o de la ley, pero su amparo no es el objeto de la acción. Estos principios de derecho administrativo nunca han sido hasta ahora controvertidos por el Consejo:

a) Los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivos deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, la que es pública, por presumirse que hay interés de la comunidad en la conservación del orden jurídico general.

b) Contra los actos, hechos y operaciones administrativas que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción, de que hablan los artículos 67 y 68, los cuales conceden a la persona perjudicada no solo el derecho abstracto de restablecer la legalidad sino la posibilidad de obtener de la Administración la reparación del daño concreto que ésta le infligió en su derecho subjetivo.

c) También la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, Tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal. Por ejemplo: un nombramiento en un individuo que no reúne los requisitos requeridos para desempeñar un cargo oficial; el otorgamiento de una licencia con el fin de ejercer una profesión u oficio en que el interés común está en juego. Mas no pueden acusarse por esta vía las providencias de esta naturaleza que descartan la idea de un interés próximo por la sola legalidad, como lo es la destitución de un cargo público, la que niega una licencia de la índole anteriormente referida en donde únicamente se lesiona a los titulares de esos intereses.

d) Tratándose de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan separadamente en orden al mismo objeto actos complejos, debe acusarse al conjunto, con el fin de tener así esta jurisdicción competencia para revisar y resolver toda la operación jurídica administrativa.

Tal concepción jurisprudencial se aprecia en todo su valor si se razona por el absurdo, es decir, si se supone que la unidad integral de la operación pudiera ser desvertebrada permitiéndose la acusación de alguna o algunas de las providencias que la componen, pues en este caso se llegaría al resultado de que anulados alguno o algunos de esos actos únicamente, el restante o restantes conservarían su vigencia, lo que jurídicamente impediría el

cumplimiento del objeto de la acusación, esto es, el restablecimiento del derecho demandado. Desde luego hay que considerar que dentro de esta situación cinemática todo acto posterior ya sea ocasionado por Un recurso o por simple tutela de control jurisdiccional, puede confirmar la resolución recurrida pura y simplemente, o anularla, o dictar nueva disposición sobre el fondo del asunto; de manera que habrá providencias que a virtud de este proceso dejen de existir, y que, por lo tanto no deben acusarse, y que también habrá otras que por no causar agravio no es del caso demandar.

e) El restablecimiento de un derecho por la vía contencioso administrativa solo puede obtenerse como consecuencia de una declaración de nulidad, excepto: cuando se trata de una lesión causada por actos ya derogados o por hecho u operaciones materiales de la Administración (artículos 67 y 68); por daños en propiedad inmueble efectuados por una obra pública (artículos 261 y siguientes); y en materia de impuestos, donde basta la revisión de la operación, tal como lo prevé el artículo 271.

f) No puede aceptarse que habiendo un contencioso especial para reclamar por impuestos proceda también el contencioso general de plena jurisdicción con el mismo fin. La Exposición de Motivos del Código, que es su historia fidedigna, es clarísima al respecto:

También en el contencioso, de impuestos es singularmente deficiente la legislación en vigor. Las poquísimas reglas sobre esta importante rama de la administración fiscal del Estado, se limitan a otorgar al ciudadano la facultad de pedir la revisión de los actos por los cuales se les exige un tributo, por medio de recurso que se sujeta al mismo régimen del de anulación de las ordenanzas. El proyecto ordena el contencioso de impuestos sobre las siguientes bases esenciales: a) Fuera de la Ley, los actos creadores de un impuesto Ordenanzas, y Acuerdos Municipales, son susceptibles de los recursos comunes a los actos administrativos en general.

Más la operación administrativa en que se concreta la exigencia de un impuesto definitivamente liquidado por la Administración, solo es apto para que contra ella se proponga la revisión, con alguno de estos objetos: para que se declare que no hay obligación de cubrir el tributo; para que se haga una nueva liquidación, que sustituya la realizada por el funcionario o agente administrativo correspondiente, cuantío sea errónea o indebida, o para que se reintegren o devuelvan las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente.

g) No se puede ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdicción. De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se

deriva de otro objetivo nulo, lo conducente es promover la última acción acusando la providencia concreta y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general. Se explica: El Consejo, a partir de la fecha reciente, viene sosteniendo que es procedente en los juicios contencioso administrativos la acumulación de autos, que es una forma de acumulación de acciones, de manera que no hay razón jurídica para que no acepte tal acumulación desde la demanda, pues lo que es viable hacer de modo indirecto debe poderse hacer también directamente; naturalmente si se reúnen, tanto en un caso como en el otro, los requisitos del Código Judicial, con las limitaciones implícitas del artículo 283 de lo Contencioso Administrativo, que disponen que las normas de aquel y de las leyes que lo adicionan y reforman, son aplicables a éste en los vacíos, pero siempre que tales ordenamientos sean compatibles con la naturaleza procesal específica de esta jurisdicción. Así, varias partes pueden en una misma demanda acusar; un acto regla, en simple nulidad; una o varias providencias conexas por unidad de fin, en contencioso de legalidad o de plena jurisdicción; una o varias operaciones de liquidación de impuestos, de igual conexidad, mediante el ejercicio de este contencioso especial; etc. Mas no le es permitido acumular una acción de nulidad a una de plena jurisdicción, una de esta clase o de simple nulidad a una de impuesto (esta última aunque es del mismo género, por ser de plena jurisdicción, no es de la misma especie), etc., ya que no se pueden sumar factores heterogéneos. Por esta razón el Consejo, desde antigua data, se ha negado a admitir la que fue llamada acción mixta, o sea la acumulación de dos acciones de distinta especie; sobre este preciso particular se expresa así la ya citada Exposición de Motivos de la Ley 167 de 1941:

Las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son objeto de una revisión fundamental en el proyecto, en el cual se han tenido en cuenta los principios dominantes en la legislación de otros países y la experiencia administrativa del nuestro.

Siguiendo los pasos de la doctrina francesa y hasta donde ello ha sido posible dentro de las peculiaridades de la organización política y administrativa de Colombia, se echan las bases legales que estructuran el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción, criterio de contenido científico mucho más hondo que el que puso en vigencia la Ley 130 de 1913, al instituir las acciones denominadas pública y privada, que más tarde, bajo el impulso de una jurisprudencia de alcance científico muy

discutible y discutido, debían dar nacimiento a una tercera acción con el nombre de mixta.

Esta división tripartita de acciones ha sido motivo de permanentes críticas especialmente en lo que respecta a la privada y a la mixta. En lo que a esta última concierne, la misma jurisprudencia del Consejo en ningún punto como éste, ha sido tan variable e incongruente, no solo en cuanto al fundamento y alcance de la acción, sino en cuanto a su existencia misma, que unas veces se admite y afirma y otras se niega de modo rotundo y sistemático, creándose así un verdadero caos en materia de tanta entidad y trascendencia. (...)

La Sala al igual que el señor doctor Méndez y el señor Fiscal Primero del Consejo, considera que el acto administrativo contenido en el Decreto 113 de 4 de marzo de 1928 dictado por el Gobernador de Bolívar, es de carácter general, objetivo, impersonal y reglamentario de los requisitos que deben llenarse para la expedición de Guías de Tránsito para cargamentos de cervezas que provenientes de Departamentos distintos al de Bolívar deban pasar por su territorio y salir de él sin ser consumidos, así como también reglamentario de los trámites que deben cumplir las Empresas Distribuidoras de Cervezas establecidas o que se establezcan en el Departamento, para poder sacar de los límites departamentales hacia otros Departamentos, los cargamentos de cerveza que se hubieran introducido a Bolívar para consumo interior amparados por Guías de Consumo y por haber pagado los impuestos correspondientes, de manera tal que por su reexpedición, una vez comprobada, hacer la devolución de tales impuestos.

Fluye sin lugar a dudas de los términos en que está concebido que no crea, regula o determina una situación individual, concreta, subjetiva o particular, aunque, como es obvio, desde el punto de vista de sus efectos y resultados prácticos, no viene a incidir sino en las actividades mercantiles de empresas dedicadas a la distribución de cervezas dentro del Departamento de Bolívar o fuera de él pero que cruzan su territorio, pero sin determinación específica para señalada compañía distribuidora o compañías distribuidoras de cervezas.

Es además de carácter permanente e idéntico para todas las empresas que tengan tal actividad, así como reformable o revocable por la Gobernación de Bolívar cuando lo estimare conveniente, elementos todos estos de la entraña de los actos administrativos generales y reglamentarios. Su objetividad depende así pues, tanto de la forma como está concebido como

de su contenido intrínseco, e igualmente de sus finalidades que, no son otras que las de prevenir y cuidar las entradas fiscales para el Departamento en el ramo de los impuestos sobre las cervezas, por lo que, puede decirse, en su buen cumplimiento está comprometido una parte del orden fiscal general de esa entidad de derecho público. Por consiguiente, la acción contencioso administrativa con que de acuerdo con nuestra legislación específica debe y puede atacarse, no es sino aquella que tiene por objetivo la conservación del orden jurídico general, el mantenimiento de la legalidad y el bienestar común, o sea la del contencioso de anulación que consagra el artículo 66 de la Ley 167 de 1941.

Su posibilidad de ejercicio corresponde a cualquier ciudadano o persona jurídica sin necesidad de demostrar previa o coetáneamente un título, y en todo tiempo, es decir, sin sometimiento a regla de prescripción alguna, puesto que solo se, persigue, si tal Decreto contuviera la trasgresión de normas positivas superiores de derecho, el evitar que se continúe la violación del orden jurídico quebrantado.

Solo de manera excepcional podría haber en contra del Decreto impugnado una acción de plena jurisdicción o de contencioso subjetivo que, más que la anulación de aquel buscara el restablecimiento de un derecho vulnerado, para lograr, como en el caso de autos, una presunta indemnización de perjuicios. Pero para que tal situación procesal sea factible, habría sido necesario que bajo la vigencia del Decreto 20 bis de 1941, se hubieran celebrado entre el Departamento de Bolívar y determinada o determinadas empresas productoras o distribuidoras de cervezas, contratos administrativos que únicamente hubieran tenido en cuenta los requisitos ordenados por dicho Decreto y por ende, formalizados solo en atención a ellos, puesto que en tal evento, si la nueva y adicional reglamentación contenida en el Decreto 113 de 1958 se les quisiera aplicar, en entonces sí surgiría la lesión de derechos particulares o privados cuyo restablecimiento, previa anulación, podría demandarse por la vía señalada en el artículo 67 del Código de lo Contencioso Administrativo, que es la de plena jurisdicción...».

Carlos Gustavo Arrieta (con salvamento de voto), Alejandro Domínguez M. (con salvamento de voto), Andrés Augusto Fernández M., Francisco Eladio Gómez G., Pedro Gómez Valderrama, Gabriel Rojas Rabéales.

TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES

Lo que determina la naturaleza de la acción son los fines que persigue el actor

10 de agosto de 1961

Radicación: CE-SCA-1961-08-10

...«Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible, interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.

El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en torno de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. Las posibles situaciones subjetivas que se interpongan no juegan ningún papel en la litis. Es un sencillo proceso de

comparación entre el derecho objetivo y la decisión administrativa que lo infringe, cuya finalidad es la de defender el orden jurídico en sí mismo.

Siguiendo el mismo proceso lógico, en los artículos 62 a 65 se enuncian las decisiones acusables ante la jurisdicción especial, sin establecer distinciones entre actos generales y particulares. A pesar de esa enumeración indiscriminada, en el artículo 67 se da acción a la persona lesionada en un derecho suyo para pedir que además de la anulación «del acto» se le restablezca en el derecho. Las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser igualmente quebrantadas por una decisión reglamentaria que por una de contenido individual. El estatuto que infringe la Constitución o la ley, viola simultáneamente el derecho de cada una de las personas protegido por aquellos ordenamientos superiores» Derecho objetivo y derecho subjetivo no son concepciones autónomas, sino nociones jurídicas que se complementan recíprocamente, como quiera que el uno no puede existir sin el otro. La ordenanza o el acuerdo, que altere ilegalmente el régimen de la propiedad privada establecido en la Constitución y en las leyes, está modificando el derecho subjetivo de cada uno de los propietarios. Quien acuse ese acto general por la vía del contencioso de plena jurisdicción, estará defendiendo el «derecho suyo» reconocido por la norma civil o administrativa. Por esa razón, el artículo 67 habla de la anulación del «acto», empleando esta locución en sentido genérico, que no en el específico de acto particular. El texto legal no permite hacer esta distinción.

De esta manera, en el precepto comentado se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción, el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero solo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva, la ley entáblese así el lindero preciso de los dos contenciosos. Dentro de ese orden de ideas, se indica que la finalidad de la acción de plena jurisdicción es la de obtener el restablecimiento del derecho a través de la declaración de anulación.

El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno de estos tres elementos; la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquella y este. La decisión irregular de la administración infringe la regla legal y afecta de contragolpe la situación jurídica particular amparada por ella. Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto trasgredido y el acto transgresor, porque entre esos extremos se interpone el derecho subjetivo

lesionado, cuya reparación constituye el objetivo esencial del recurso. Ese tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad en nulidad con restablecimiento.

En el caso sometido a la consideración y fallo del Consejo de Estado se observa que a primera vista la acción ejercitada tiene las apariencias del recurso de nulidad, no sólo porque así se califica, sino también porque se apoya en el artículo 66 y no se solicita expresamente el restablecimiento del derecho que se estima violado. Pero si se analizan los antecedentes del negocio, las consideraciones de hecho y de derecho formuladas en el libelo, la posición del actor con relación a las normas que estima quebrantadas y las consecuencias que produciría la declaratoria de nulidad en el sentido de restablecerlo automáticamente en su derecho, fácil será llegar a la conclusión de que en realidad se intentó una acción de plena jurisdicción. Insistentemente ha sostenido la Sala que la naturaleza del recurso no depende de las palabras empleadas por el demandante para identificarlo, ni de la citación del artículo que establece la acción, sino de los planteamientos generales que se hacen en la demanda, como estos en realidad revelan que el propósito que animó al general Silva, como se expresa claramente en el libelo y en las alegaciones, no es otro que el de evitar un daño patrimonial inminente por medio de la declaración de nulidad, es decir, obtener el restablecimiento implícito del derecho subjetivo que estima lesionado, la Sala interpreta la demanda en el sentido de que realmente se está en presencia de una acción de plena jurisdicción. De consiguiente, debe entrarse a decidir el fondo de la litis, ya que la acción se intentó dentro de los términos legales señalados al efecto. En este caso particular no se puede aplicar la tesis de la alteración de los motivos determinantes y de los fines, porque no se ha pretendido eludir el lapso de caducidad.

Por otra parte, la circunstancia de que no se haya solicitado el restablecimiento del derecho en forma expresa no es, por sí sola, razón suficiente para estimar que se ha ejercitado el contencioso de anulación, ya que en el artículo 67 se señalan como finalidades del recurso subjetivo no solamente las de reparar el daño ya producido, sino las de precaver un perjuicio eventual. Por esa razón se da opción para pedir la simple anulación, o ésta acompañada del restablecimiento. Pero en ambos casos, la acción debe intentarse dentro de los cuatro meses que fija la ley. En efecto, en ese precepto se contemplan dos situaciones:

1º Lesión jurídica subjetiva y daño contingente. El acto ilegal no se ha aplicado aún y, de consiguiente, el perjuicio económico no se ha producido.

En ese evento, la declaratoria de nulidad, por sí sola, conllevaría el restablecimiento del derecho. Automáticamente se retornaría a la situación jurídica primitiva. Como el perjuicio potencial no se ha trocado aún en daño patrimonial actual, la simple anulación pedida oportunamente comportaría la reparación; y,

2° Lesión jurídica subjetiva y daño actual. El perjuicio se produce con la decisión administrativa seguida de su inmediato cumplimiento. Como la solicitud de nulidad sin restablecimiento del derecho no comportaría la reparación patrimonial del daño, el interesado podrá intentar la acción con ambos fines. No obstante, si quiere abstenerse de pedir la indemnización correspondiente, podrá hacerlo sin que se desnaturalice la naturaleza del contencioso subjetivo.

Las razones expuestas son suficientes para que la Sala se abstenga de declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y para que entre a decidir el fondo de la litis...»

*Carlos Gustavo Arrieta, Ricardo Bonilla Gutierrez, Alejandro Domínguez Molina,
Francisco Eladio Gómez G., Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D.*

TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES

El acto individual es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre que afecte de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, y la ley haya previsto el uso de este contencioso objetivo en su contra

2 de agosto de 1990

Radicación: CE-SEC1-EXP1990-N1482

...«En este último período la jurisprudencia ha refinado y aclarado la tesis de 1961. Varios problemas se han resuelto: a) La obligación de vincular al proceso al titular de la situación jurídica constituida por el acto demandado en el contencioso objetivo, por cuanto surge allí un litis consorcio necesario que le impone al juez tal deber ineludible (Sección Primera. Sentencia del 20 de agosto de 1979. Consejero: Dr. CARLOS GALINDO PINILLA). b) La precisión doctrinario acerca de la diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción, para remitir a la primera la tutela del orden jurídico abstracto con apoyo en la jerarquía normativa, y la segunda, además de la virtual defensa del orden jurídico, a la garantía de los derechos privados civiles o administrativos «violados o conculcados por actos, hechos y operaciones administrativas». Es importante anotar que si bien se dice comúnmente en la doctrina y en la jurisprudencia que toda persona perteneciente al cuerpo político de la Nación tiene el claro interés y el deber general de vigilar el mantenimiento del orden jurídico y por esto se le confiere la facultad de demandar las normas que considera violatorias del orden superior, en el fondo de la cuestión está el objeto del sistema jurídico: la eficacia, vigencia y efectividad de los derechos y libertades fundamentales del individuo.

Corresponde ahora llamar la atención sobre otra situación diferente y no considerada por la jurisprudencia de 1961 cuya preocupación se refirió, primordialmente, al ejercicio indebido de la acción de nulidad contra actos de contenido particular para burlar los efectos de la caducidad de la acción.

Ocurre que si se permitiera ejercer la acción pública contra actos particulares, con la única restricción que anota la sentencia de 1961, la ilimitada extensión de esta facultad tiene un grave peligro que se ubica en el otro extremo de su tesis porque se crearía la inseguridad más desestabilizante en las relaciones jurídicas y la inequidad más absurda, porque al mismo tiempo que al particular perjudicado con una decisión administrativa se le limita el derecho a demandar con el plazo de los cuatro meses y se le prohíbe el ejercicio de la acción de nulidad para eludir los efectos de la caducidad, se autoriza a todas las personas para que impugnen las situaciones y los derechos ya constituidos, asaltando indiscriminadamente de esa manera la seguridad de las relaciones que protege la Constitución Política de Colombia.

No vale contra esta preocupación el argüir que el interesado debe ser llamado para que defienda sus derechos en el proceso, porque lo cierto es que los derechos y situaciones particulares que no afectan más que los intereses puramente individuales y no interfieren en manera alguna el ejercicio de los derechos y las libertades, deben quedar en firme en algún momento, a partir del cual se tornan inatacables, así existan motivos de invalidez en los actos administrativos que los engendraron.

Cosa distinta será si la situación particular interfiere el sistema de derechos y libertades, monopoliza su ejercicio, rompe la igualdad y los principios que sustentan el orden jurídico y trastorna el orden público. En tal caso el acto particular se ha transformado, por la extensión de sus efectos erga omnes en una determinación de alcance general y quedará expuesto al ataque jurisdiccional.

Pero en este punto es obligatorio dar continuidad a la tesis de los motivos y los fines para hacer armónico el sistema del control de la legalidad. Si observamos la evolución legislativa desde la ley 167 de 1941, Código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1961, encontramos que la procedencia de la acción pública contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley. El legislador colombiano ha venido considerando, en las diversas normas procesales expedidas desde 1941 hasta el Decreto extraordinario 2304 de 1989, cuales relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por supuesto, la vida social y, con esa presunción indiscutible (originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado expresamente los casos en que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual.

Veamos, como ejemplos, varias de estas previsiones en las cuales la ley faculta a los ciudadanos en general, sin que tengan que acreditar un interés privado, para intentar las acciones públicas contra actos particulares:

a. - El contencioso electoral. - Con el fin de mantener la base democrática del sistema representativo fundamentado en el artículo 2o. de la Constitución, la ley procesal consagra la acción pública sobre actos electorales concretos. (Art. 223 y Sig. del C.C.A.)

b. - Los contenciosos de nulidad de cartas de naturaleza. - Con el fin de preservar la integridad misma de la Nación conformada por los colombianos según los principios del artículo 8o. de la Constitución Política. (Art. 221 y Sig. ibídem).

c. - Los contenciosos de nulidad con los nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación. En 1975 la Ley 20 (Art. 57) estimó de vital importancia para la eficacia y los fines del control fiscal, conferir a los ciudadanos la potestad de impugnar jurisdiccionalmente los nombramientos de los empleados de la Contraloría General de la República. Es un elemento de control popular frente a una Institución que era necesario someter a la mayor vigilancia posible según el concepto soberano del legislador colombiano producido en la coyuntura institucional que originó la ley 20.

d. - El contencioso de nulidad de los nombramientos ilegales de funcionarios. El Decreto legislativo No. 2898 de 1953 confiere al Procurador General de la Nación la facultad de demandar, en cualquier tiempo, los nombramientos de funcionarios hechos en contra de las condiciones y exigencias legales. Existe un compromiso de orden público en esta excepción por tratarse del ejercicio de la función pública. (Para un análisis sobre la vigencia de esta acción de nulidad Cfr. C. de E. Sala Electoral. Sentencia del 24 de marzo de 1988. Consejero: Dr. SIMON RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Actor: Procurador Regional de Neiva. Expediente No. E - 137).

e. - El contencioso de nulidad de marcas. Establecido por el artículo 596 del Código de Comercio por causales especiales (art. 585 y 586) y con una caducidad de cinco años.

En todos los casos anteriores se trata de actos de contenido particular que la ley ha considerado de especial interés público y por ello ha entregado, expresamente, a los integrantes todos de la Nación colombiana, el derecho de impugnarlos ante la jurisdicción administrativa con el empleo de la acción de nulidad. Es interesante anotar que la acción de nulidad no se distingue

por el plazo de su utilización. La ley puede estimar que el ejercicio de la acción se someta o no a un término de caducidad, sin que tal lapso haga parte de su esencia. Lo básico en la definición del contencioso objetivo es el alcance de su titularidad. Cuando se consagra por la ley a favor de todas las personas o se adscribe como una función a los representantes del interés general de la Nación, podemos advertir que estamos en presencia de la acción de nulidad. En el caso listado arriba en la letra d) EL Ministerio Público (Decreto legislativo 2898 de 1953) actúa en representación de la Nación y su demanda puede ser incoada a instancias o sugerencias de personas particulares que llene conocimiento del nombramiento o la designación ilegal del funcionario en cuestión. Estas anotaciones sirven para destacar y distinguir dos situaciones: 1a.) cuando el representante de la Nación (el Ministerio Público, en el caso del Decreto 2898 de 1953) demanda en uso de la acción de nulidad expresamente consagrada para atacar los actos administrativos de contenido particular por existir una violación del orden superior, no necesita acreditar perjuicio o lesión algunos que haya recibido el Estado por efecto de las providencias acusadas. 2a.) cuando las entidades públicas demandan los actos particulares en el contencioso denominado en el derecho comparado de lesividad, es necesario acreditar ese daño pues se trata de una acción de restablecimiento del derecho como lo indicará la Sala más adelante. (Art. 136 del C.C.A.).

La extensa y compleja legislación colombiana, expedida a veces con la inspiración transitoria de la coyuntura político - social, ha considerado en el pasado otros casos similares a los anteriores o, a veces, modalidades de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho que, de todas maneras parten de un principio: el legislador es quien define exactamente la titularidad de las acciones y su alcance, siendo de todas maneras excepcional el permitir a cualquier persona atacar ante los jueces administrativos los actos de contenido particular y concreto. Jurisprudencialmente se han discutido esos casos debido a la dificultad técnica de precisar, dentro de nuestra metodología legislativa, su vigencia en medio de esa gigantesca normativa sustancial y procesal colombiano. (Cfr. Ley 135 de 1961, Ley agraria, art. 381 ya derogado). En consecuencia:

a) Utilización del contencioso de restablecimiento del derecho: Cuando el acto administrativo que reconoce la situación particular y concreta o el derecho individual no tiene más alcance que el de la simple relación subjetiva, tal providencia causará estado y su demanda puede promover el juicio, siempre que el actor demuestre un interés y la presente dentro de los

términos de caducidad de que habla el Código Contencioso Administrativo y las normas que lo complementen. En este sentido tiene plena aplicación la tesis de la ya citada jurisprudencia de 1961 porque únicamente con esta acción puede intentarse la anulación de los actos administrativos de contenido individual para obtener el restablecimiento del derecho, pues el designio del actor se acomoda a los fines que la ley le atribuye al contencioso subjetivo. Esto explica que en la tramitación del juicio sean útiles y compatibles (por la remisión del art. 267 del C.C.A. al C. de P. C.), los instrumentos del procedimiento civil. Entre ellos se destaca la fijación de la cuantía, si es el caso, en función de la cuantificación del derecho o de la situación particular a discutir.

Un caso especial dentro de esta hipótesis aparece en el inciso segundo del artículo 136 del C.C.A. que confiere a las Entidades públicas un término de dos años para intentar las acciones de restablecimiento del derecho y, en tratándose de actos que reconozcan prestaciones periódicas, en cualquier tiempo. (Cfr. inciso 3o.). La posibilidad de atacar sus propios actos en un juicio de restablecimiento del derecho es la institución que el derecho comparado (Español, fundamentalmente) ha denominado «recurso de lesividad». Varios principios están en juego dentro de su estructuración. Por una parte, los actos susceptibles de ser acusados de semejante manera, deben ser providencias declarativas de derechos individuales o de situaciones jurídicas de igual naturaleza. Esas providencias únicamente pueden ser revocadas, dentro de la actuación propia de la administración, en respuesta a la interposición de los recursos de la vía gubernativa o cuando, existiendo alguna de las causales de la revocación directa, el particular acepta expresamente la revocación. Si tales hipótesis no son viables ni se puede revisar de oficio el acto (revocación directa), sin el consentimiento del interesado, porque no tuvo su causa en medios legales (art. 73, Inc. 2o.) la Entidad pública lesionada debe acudir a la jurisdicción administrativa para que mediante sentencia se lo anule, terminando así con su ejecutoriedad y la presunción de su legalidad.

Únicamente en la vía jurisdiccional pueden, dentro de nuestro sistema jurídico, desaparecer esos reconocimientos que el Poder público hace de las situaciones y derechos individuales.

El uso de la acción regulada por el inciso 2o. del artículo 136 (o recurso jurisdiccional de lesividad) supone que el acto sea declarativo de derechos y de contenido particular, porque si fuera de carácter general, la administración (es decir, la Entidad específica que dictó la providencia) posee la atribución de la derogatoria de sus propios actos abstractos, para cuyo ejercicio no

necesita habilitación judicial alguna, o la acción de nulidad si se trata de un acto de otra persona jurídica de derecho público. Además, se requiere que la providencia resulte lesiva de los intereses públicos (económicos o de otra naturaleza) y contradiga el orden jurídico, porque la primera pretensión es la declaratoria de nulidad respaldada en el desconocimiento anotado. No se pueden alegar por la Administración, para lograr la anulación, motivos de conveniencia según las orientaciones de práctica política de los Gobiernos, porque el problema se ubica en el campo puramente jurídico. Si el acto se ajusta al orden vigente estará destinado a permanecer incólume aunque la Entidad pública alegue y pruebe una lesión objetiva. Ese daño no será ilegal porque la normativa superior respalda la validez de la decisión administrativa atacada con estos mecanismos. Igual cosa ocurre con los particulares que, por ejemplo, reciban una sanción por el Estado. Si su aplicación se apoya plenamente en el orden jurídico, la afectación o disminución del derecho es legal y debe ser ejecutado. Claro está, que en nuestro sistema, no es necesaria la previa declaración administrativa de la lesividad como un presupuesto para intentar este tipo de acción, como ocurre, por ejemplo, en España. La ley exige, sin embargo, que el daño irrogado por el acto demandado se exprese en el mismo libelo con el cual se ejerce la acción.

La ley ha limitado, pues, la propia facultad del Estado de atacar sus actos ante la jurisdicción administrativa y ha ubicado esta atribución en el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho.

b) Utilización del contencioso objetivo de nulidad. Los actos administrativos de carácter general son objeto de la acusación mediante la acción de nulidad en todos los casos por determinación del artículo 216 de la Constitución política y de los artículos 82, 83 y 84 del C.C.A. que lo desarrollan. Su titularidad pertenece a cualquier persona pública o privada. Esta es la regla común y obvia. Pero cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individual que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la Ley haya previsto el uso de este contencioso objetivo contra el acto individual. Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía. Solo de esta manera se asegura la compatibilidad de los propósitos del actor con los fines de las acciones contenciosas y, ante

todo, con la seguridad que el orden jurídico garantiza para las relaciones creadas conforme a la ley que, han causado estado.

Es de vital importancia anotar en favor de lo aquí sostenido que si la facultad de los ciudadanos de atacar jurisdiccionalmente actos administrativos de contenido subjetivo no tuviera limitación alguna y la acción del artículo 84 se pudiera emplear indiscriminadamente, no sólo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquellos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, carecería totalmente de sentido que la ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba listados y en otros que, seguramente, la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad. En tal supuesto bastaría la simple acción de nulidad de que habla el artículo 84 del C.C.A. para gobernar todas las hipótesis en que se impugnan actos particulares por cualquier persona.

Lo contrario es dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarle a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vértebra el derecho colombiano y le hace indispensable en el mantenimiento del sistema político. La misma Administración al perder el privilegio de la ejecutoriedad, se encontraría en incapacidad de hacer cumplir lo dispuesto en sus providencias expuestas al ataque generalizado de cualquier persona. Es evidente que en tales circunstancias el desquiciamiento del orden jurídico sería inminente.

La virtud ejecutoria de los actos administrativos de contenido particular tiene la doble atribución de permitir a la Administración ejecutarlos y aplicarlos tan pronto hayan causado estado y, así, satisfacer la obligación constitucional de las autoridades. Pero, además, el facilitar a las personas el empleo de los medios procesales para hacer valer sus derechos y darles la eficacia que les da la Constitución. La firmeza de los actos subjetivos, causada por la operación de la vía gubernativa o por las demás hipótesis legales, es la base de las relaciones jurídico - sociales y el elemento de la dogmática jurídica que posibilita, prácticamente, la integración del derecho en los intercambios y situaciones civiles de los asociados. Este principio es el que opera igualmente en las relaciones de derecho privado. La certeza y la eficacia de los derechos reconocidos por la ley y los actos jurídicos concretos es la base del orden jurídico y, al mismo tiempo, su propósito.

2. - La naturaleza de la resolución demandada y la procedencia de la acción de nulidad.

En el caso que nos ocupa, la resolución originaria de la Gerencia General de la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, no tiene más efectos que de declarar en último término unos hechos que afectaron la ejecución de un contrato de obras públicas en el cual no aparece el interés privado de quien promueve este asunto contencioso.

Los intereses que están claramente establecidos en el contrato y en la resolución no corresponden a alguna de las previsiones que la ley procesal señala como causa eficiente para que cualquier persona intente la acción de nulidad contra semejante acto administrativo. Es decir que la Resolución 178 del 27 de marzo de 1990, expedida en desarrollo de las reglas que gobierna el contrato citado No. 72 de 1986 al tener un contenido subjetivo y reconocer un derecho o una situación particular y concreta se sustrae al ataque jurisdiccional fundamentado en la acción de simple nulidad, sin que esto quiera decir que el mismo Estado, mediante sus organismos respectivos (COLPUERTOS), pueda estimar que tal providencia lesionó ilegalmente sus derechos y acuda en tiempo al juez administrativo para que rompa su calidad intangible, su virtud de ser ejecutoria y pida, en consecuencia, el restablecimiento del derecho. (Art. 136 Inc. 2o. C.C.A.). Al respecto la Sala tiene conocimiento de que esta acción ya fue intentada por la empresa COLPUERTOS, gestión que anticipada y prácticamente acepta lo aquí afirmado. (Cfr. Expediente No. 1512, remitido a la Sección 3o. por competencia).

Pero ante las expresas y exigentes enunciaciones de la ley sobre el uso de la acción de nulidad en este caso contra un acto de contenido individual y la ausencia total de interés privado por parte del actor en las relaciones jurídicas engendradas en el contrato suscrito entre la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA y el CONSORCIO PROCTOR LTDA. CAICEDO INGENIEROS LTDA. y en la resolución que él acusa, la Sala estima que el demandante ha utilizado indebidamente la acción de nulidad por lo cual es procesalmente imposible la existencia de un juicio promovido con tal mecanismo. Ciertamente los fines que la ley ha prescrito para la acción de nulidad no guardan armonía ni congruencia con la pretensión del actor, al estar excluido de su dominio un acto como el ahora demandado...».

*Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.*

TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES

Alcance en las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado

4 de marzo de 2003

Radicación: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030)

...«VI. 1. 2. Teoría de los motivos y finalidades

La evolución de la jurisprudencia bajo la vigencia del código contencioso administrativo de 1941 puede clasificarse en materia de procedencia de las acciones de nulidad y de plena jurisdicción en dos etapas: una, el criterio del contenido del acto; dos, la teoría de los motivos y finalidades.

VI. 1. 2. 1. El criterio del contenido del acto

Antes de 1959 la jurisprudencia del Consejo de Estado estuvo influida por el criterio material en el sentido de que la procedencia de las acciones fue condicionada por el contenido del acto, pues si éste creaba situaciones jurídicas de carácter general, abstracto e impersonal, el interesado debía usar la acción de nulidad; si, por el contrario, el acto era de contenido particular, concreto y subjetivo, la acción pertinente sería la de plena jurisdicción. Decía la jurisprudencia: “...*Se precisa el sentido y el alcance de la jurisprudencia a este respecto: a) Los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad... b) Contra los actos, hechos u operaciones administrativos que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción... c) También la acción de nulidad procede contra los actos condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación legal y reglamentaria que las inviste de un poder legal ...*” (Auto, 29 de marzo de 1955, t. LX, núms. 377 - 381, pág. 468).

VI. 1. 2. 2. La formulación original de la teoría de los motivos y finalidades

En el año de 1959 se inició el cambio de orientación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto hace a la procedibilidad de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cambio que luego se consolidaría en el año de 1961.

Consideró el Consejo de Estado en la providencia de 1959 que el criterio tenido en cuenta por el legislador para distinguir las acciones de nulidad y de plena jurisdicción fue el de la preexistencia del derecho, cuando dijo que *“La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción... la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley ‘restablecimiento del derecho’, no es cosa distinta a la de que se declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial”* (Sent. 1º de diciembre 1959, tomo LXII, núms. 387-391, pág. 55).

Sin embargo, esa tesis no era aceptada de manera indiscutida, pues en sentencia de la misma fecha (v. pág. 47 del número precitado de los Anales), el Consejo retuvo la tesis del contenido del acto como indicador de la procedencia de la acción. Algunos meses después, la teoría de los móviles y finalidades encuentra su formulación acabada en la sentencia de agosto 10 de 1961, tomo LXIII, núms. 392-396, p. 202), con ponencia de Carlos Gustavo Arrieta Alandete, en donde se dijo:

“No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. ...los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter la administración pública al imperio del derecho objetivo.

“Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas legales asignan a la acción. Es presumible esta similitud ... cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta directamente

a la comunidad ... Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares, (caso en el cual) la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses...

“El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en torno de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. En el precepto comentado (art. 67) se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción, el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva. La ley establece así el lindero preciso de los dos contenciosos. El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en torno de estos tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste.

VI. 1. 2. 3. La pretensión como elemento de distinción

Posteriormente, 11 años más tarde, la Corporación reiteró y precisó la doctrina de 1961, al introducir la idea de “pretensión litigiosa”, como elemento de distinción entre las dos acciones. Se dijo en esa oportunidad, en auto de 8 de agosto de 1972, Mag. Pon. Dr. HUMBERTO MORA, que las acciones de nulidad y de plena jurisdicción se distinguían en el sentido de que la primera buscaba la tutela del orden jurídico abstractamente considerado, sobre la base del principio de jerarquía normativa, lo cual originaba un proceso que, en principio, no llevaba implicado un litigio o contraposición de pretensiones; en tanto que la segunda, tenía por objeto la garantía de derechos privados, vulnerados por actuaciones de la administración, lo cual se lograba mediante el restablecimiento del derecho o el resarcimiento del daño. Agregaba el comentado auto que “... la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico...; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación..., se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción” (Anales, tomo LXXXIII, Números 435-436, págs. 372 a 381).

VI. 1. 2. 4. El estado actual de la teoría en la jurisprudencia de la Sala Plena

El desarrollo jurisprudencial de la última década ha tenido que ver, de manera principal, con la procedencia de la acción de nulidad frente a actos creadores de situaciones jurídicas individuales, posición que en alguna medida implica reconsideración del tratamiento que se le venía dando a la materia en ese punto específico.

VI. 1. 2. 4. 1. Actos de contenido particular señalados en la ley

Dentro de su proceso de evolución, la teoría de los motivos y finalidades fue objeto de algunas precisiones, mediante auto de 2 de agosto de 1990, de la Sección Primera, con ponencia de PABLO CACERES, en relación con la acción de nulidad frente a actos particulares. Se dijo en dicho auto lo siguiente: “Si observamos la evolución legislativa desde la ley 167 de 1941, código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1961, encontramos que la procedencia de la acción pública contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley. El legislador colombiano ha venido considerando, en las diversas normas procesales expedidas desde 1941 hasta el Decreto extraordinario 2304 de 1989, cuáles relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por supuesto la vida social y, con esa presunción indiscutible (originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado expresamente los casos en que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual”. Cita como ejemplos, las acciones de nulidad electoral, consagrada en los artículos 223 y ss del código contencioso administrativo; de nulidad de cartas de naturaleza, prevista en los artículos 221 y ss ibídem; de nombramientos de empleados del control fiscal, artículo 57 de la Ley 20 de 1975, hoy derogada; de nombramientos ilegales de funcionarios, según los términos del Decreto legislativo Núm. 2898 de 1953, también derogado, y de marcas, según lo dispuesto por el artículo 585 y ss. del Código de Comercio. Dice el auto comentado que “Es de vital importancia anotar ... que si la facultad de los ciudadanos de atacar jurisdiccionalmente actos administrativos de contenido subjetivo no tuviera limitación alguna y la acción del artículo 84 se pudiera emplear indiscriminadamente, no solo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquellos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, carecería totalmente de sentido que la ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba enlistados y en

otros que la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad. En tal supuesto bastaría la simple acción de nulidad de que habla el artículo 84 del C. C. A. para gobernar todas las hipótesis en que se impugnaran actos por cualquier persona. Lo contrario es dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarle a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano y le hace indispensable en el mantenimiento del sistema político”.

El auto que acaba de citarse fue adoptado por la Sección Primera en la sentencia de 28 de agosto de 1992, en donde se reiteró lo siguiente: *“La acción de nulidad procede contra los actos generales y aquellos actos particulares que la ley señala, y señale en el futuro, expresamente, si tienen como motivos determinantes la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta sobre la base del principio de la jerarquía normativa y si persiguen como finalidad someter a las entidades públicas y a las personas privadas que desempeñen funciones administrativas al imperio del derecho objetivo...”*

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, cabe contra los actos de carácter general y de carácter particular si se tienen como motivos determinantes de su ejercicio el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, en cuanto ampare una situación jurídica subjetiva, y si tiene como finalidad la garantía de los derechos privados, civiles o administrativos, violados por un acto administrativo...”

VI. 1. 2. 4. 2. Actos particulares de contenido económico o social

La Sección Primera consideró posteriormente que la doctrina de los motivos y finalidades contra actos particulares, en la modalidad que acaba de enunciarse, se podía ampliar en el sentido de que la acción de simple nulidad procediera contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, a pesar de que ello no hubiera sido expresamente previsto en la ley, “cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico. En estos casos, no obstante, deberá vincularse al proceso a la persona directamente afectada con el acto”. (Sentencia de 26 de octubre de 1995, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez).

VI. 1. 2. 4. 3. La posición de la Sala Plena

En el mismo sentido anotado en los párrafos anteriores se pronunció la Sala Plena de la Corporación en el caso de Cusiana, sentencia de

octubre 29 de 1996, con ponencia de Daniel Suarez Hernández, cuando dijo:

“En virtud de las anteriores consideraciones y en procura de reafirmar una posición jurisprudencial en torno de eventuales situaciones similares a la que ahora se examina, estima la Sala que además de los casos expresamente previstos en la ley, la acción de simple nulidad también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación”.

Esa tesis de la Sala Plena ha sido reiterada en varias oportunidades por las distintas secciones de la corporación, pues ella constituye un importante elemento de seguridad en las situaciones jurídicas creadas por los actos administrativos de carácter particular. Dicho criterio se seguirá en la solución del asunto sub examine...».

Alberto Arango Mantilla (Salvamento de voto), Camilo Arciniegas Andrade (Salvamento de voto), German Ayala Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Jesús María Carrillo B., Reinaldo Chavarro Buriticá, Ricardo Hoyos Duque (Salvamento de voto), Álvaro González Murcia, María Elena Giraldo Gómez (Aclaración de voto), Alier Eduardo Hernández E. (Salvamento de voto), Jesús María Lemos Bustamante, Ligia López Díaz, Mario Alario Méndez (Ausente), Gabriel E. Mendoza Martelo (Salvamento de voto), Olga Inés Navarrete B. (Aclaración de voto), Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordoñez M. (Salvamento de voto), María Inés Ortiz Barbosa, Nicolás Pájaro Peñaranda, Juan Ángel Palacio Hincapié, Darío Quiñones Pinilla, German Rodríguez Villamizar, Manuel S. Urueta Ayola.

NULIDAD PARCIAL CUALITATIVA

Permite mantener la disposición atacada, liberándola de la carga normativa ilegal

23 de febrero de 2012

Radicación: 11001-03-24-000-2007-00003-00

...«Considerando que existe una interpretación de las disposiciones atacadas de la Resolución 2933 de 2006 que se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión que se adopte deberá eliminar del ordenamiento jurídico solo la interpretación que le es contraria manteniendo la que se ajusta a él.

En casos semejantes la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés ha acudido de tiempo atrás al recurso de la nulidad parcial cualitativa, sobre el cual la doctrina ha precisado que no busca con la misma eliminar la norma sino sustraer de ella una carga normativa ilegal.

Igualmente ha señalado que un acto administrativo, como todo acto jurídico, conforma un ensamble complejo, que no puede reducirse a una realidad unívoca, de manera que si el continente puede resultar forzosamente único, el contenido, al contrario, puede recubrir una realidad jurídica plural y múltiple. Un mismo texto puede entonces contener una pluralidad de enunciados normativos. Desde el punto de vista del significado, la norma no se identifica formalmente a través de un artículo o de un texto determinado sino que supone, para ser identificada, una operación intelectual de interpretación. En consecuencia, la técnica de anulación parcial de carácter cualitativo no se enfoca en un elemento formalmente identificado del contenido del acto (artículo, frase, palabra) sino en la significación contenida en ella o en un efecto particular que ella implique. El acto demandado ante el contencioso, es así modelado y trabajado por el juez, que expurga los elementos ilegales. Así mientras la nulidad parcial que se ha denominado cuantitativa se refiere a una operación meramente material que recorta la norma, la nulidad parcial cualitativa constituye, por el contrario, una modalidad más sutil de sanción de los actos ilegales. Ella

permite mantener la disposición atacada, liberándola de sus características viciadas. Si bien esta técnica es a primera vista menos espectacular que la de cercenar una parte del contenido material del acto administrativo, ella produce sin embargo efectos notables, modificando la norma atacada para enmarcarla en el sentido de la legalidad...».

*María Elizabeth García González, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.*

PARTE ESPECIAL

I. ACTOS DE REGISTRO

ACTOS DE REGISTRO

Notificación de las anotaciones

23 de octubre de 2003

Radicación: 73001-23-31-000-1997-05610-01(5611)

...«Como quiera que las anotaciones 06, 07, 08 y 09 fueron excluidas, como ya se dijo, por la Oficina de Registro, la Sala no se pronunciará sobre las mismas y, por tal razón, revocará la sentencia apelada en cuanto declaró la caducidad respecto de aquellas y de las anotaciones 2, 3 y 10, pues si bien la regla general es que la Administración pierde competencia para resolver las solicitudes de los administrados cuando ya se ha acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa, también lo es que en el caso de la función registral el artículo 82 del Decreto 1250 de 1970 señala que los folios de matrícula inmobiliaria deberán exhibir en todo momento el estado jurídico del respectivo bien, es decir, que habilita al Registrador para que efectúe en cualquier momento las correcciones del caso.

Además, en el expediente no obra prueba de cuándo el actor tuvo conocimiento de las anotaciones respecto de las cuales el Tribunal declaró la caducidad, por lo cual, teniendo en cuenta que aquél actúa en calidad de heredero de la sucesión de Pedro Nel Arbeláez, ha de entenderse que aquéllas las conoció cuando elevó la petición de su exclusión revocatoria ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Ibagué, pues lo cierto es que esta jurisdicción ha venido interpretando desde tiempo atrás el artículo 136 del C.C.A. en lo que atañe a que los actos de registro se entienden notificados en la misma fecha en que se hizo tal registro, pues una interpretación literal de tal texto conduciría a tener por conocido por el directamente interesado o por los terceros en un acto de anotación

de registro, que no se encuentra precedido de actuación administrativa comunicada al directamente interesado o a los terceros. Por lo tanto ante ausencia de prueba de haber sido enterado antes, se tendrá como fecha de la notificación de las anotaciones, la de la respectiva entrega de la solicitud de exclusión de las mismas formulada por el demandante...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Olga Inés Navarrete Barrero,
Gabriel E. Mendoza Martelo, Manuel S. Urueta Ayola.*

ACTOS DE REGISTRO

Son susceptibles de ser demandados en acción de nulidad

3 de noviembre de 2011

Radicación: 23001-23-31-000-2005-00641-01

...«Para poder realizar un pronunciamiento de fondo frente a los argumentos expuestos en la apelación, es preciso tener en cuenta que por expresa disposición del inciso tercero del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la acción adecuada para controvertir la legalidad de los actos de registro, es la acción de nulidad. (...)

A propósito del tema, es pertinente poner de relieve que todas las anotaciones que las Oficinas de Registro realizan en los folios de matrícula inmobiliaria, impactan necesariamente los intereses particulares, individuales y concretos de las personas naturales o jurídicas, al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas directamente relacionadas con el derecho de dominio. Aún a pesar de lo anterior y con independencia de los efectos particulares que pueda acarrear un acto de tal naturaleza, el legislador quiso contemplar de manera expresa la posibilidad de controvertir la legalidad de ese tipo de actos particulares a través de la acción de simple nulidad, teniendo en cuenta la enorme trascendencia que se reconoce al derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico, político, económico y social. Así las cosas, independientemente de que la declaratoria de nulidad de un acto de registro produzca efectos de carácter particular y concreto, la acción a incoar es la de nulidad.

El registro público inmobiliario, fue establecido en nuestro país como un mecanismo de protección jurídica del derecho de dominio y como un instrumento de información de acceso público que permite conocer la verdadera situación legal de los bienes raíces, contribuyendo con ello a la seguridad de los negocios jurídicos, tema que desborda, por razón de su impacto y trascendencia los simples límites del interés particular,

proyectándose hacia la esfera del interés general, lo cual explica que el Congreso de la República, en ejercicio de su potestad de configuración normativa, haya previsto la procedencia de la acción de nulidad en estos casos. En ese orden de ideas, cualquier anotación que se haga en los folios de matrícula inmobiliaria, puede llegar a producir un impacto en el orden público social o económico de la Nación...».

*Marco Antonio Velilla Moreno, María Elizabeth García G.,
Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, María Claudia Rojas Lasso.*

II. ASUNTOS ADUANEROS Y COMERCIO EXTERIOR

A. PROCESO ADMINISTRATIVO DE DECOMISO DE MERCANCÍA

DESCRIPCIÓN DE MERCANCÍA

No puede confundirse la omisión con la deficiencia en la descripción de la mercancía. Debe tenerse en cuenta que los elementos esenciales de individualización varían de acuerdo con la naturaleza de la mercancía

18 de mayo de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N4193

...«La decisión adoptada en los actos acusados y que fue objeto de nulidad por parte del fallador de primera instancia tuvo como fundamento lo normado en los artículos 72 del Decreto 1909 de 1992 y 24 de la Resolución núm. 371 del mismo año, cuyo texto es como sigue:

Decreto 1909 de 1992

“Artículo 72.- Mercancía no declarada o no presentada. Se entenderá que la mercancía no fue declarada, cuando no se encuentra amparada por una declaración de importación, cuando en la declaración se haya omitido la descripción de la mercancía o ésta no corresponda con la descripción declarada, o cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración...”

Resolución núm. 371 de 1992

“Artículo 24.- Aspectos generales de diligenciamiento.

“En el diligenciamiento del formulario de la declaración deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, los referentes a las siguientes casillas:

“En la correspondiente a descripción de mercancías deberán incorporarse las características generales, marcas, números, referencias, series y otras especificaciones que las tipifiquen e identifiquen...”.

Insiste la entidad demandada en que las resoluciones acusadas se encuentran ajustadas a derecho, en la medida de que, según su parecer, el hecho de no haber sido incluidos en las declaraciones de importación los números de los seriales de los equipos de computación significó que los mismos no se entendieran declarados y que, por lo tanto, era procedente su aprehensión y posterior decomiso.

Esta Corporación, en numerosas oportunidades ha reiterado que no puede confundirse la omisión de la descripción de la mercancía con la deficiencia de la misma. Sin embargo, ha sido enfática en cuanto a que en la aplicación de este criterio deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias que rodean cada caso en particular. Es así como en providencia de 24 de septiembre de 1998, (expediente núm. 5079, Actora: Multipartes Limitada, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa). dijo la Sala: *“...en cada caso particular deben atenderse las circunstancias peculiares de que se trate, a fin de determinar si son aplicables los criterios jurisprudenciales pertinentes sentados respecto de otro...”*

Y es que los elementos esenciales de individualización varían de acuerdo con la naturaleza de la mercancía.

En efecto, en tratándose de la importación de vehículos, por ejemplo, en principio, lo relevante sería la marca, el modelo y el número de motor; el número de la serie, si bien contribuye a una mejor identificación, su omisión podría no ser obstáculo para su adecuada individualización.

Pero, en lo que toca con otras mercancías, como por ejemplo, los electrodomésticos y sus partes; equipos de computación y sus partes, limitarse a señalar únicamente el nombre del objeto y su marca no constituye una descripción tal que permita diferenciarlos de los demás.

Obsérvese cómo en materia de “CPU” existen numerosos equipos que tienen la misma velocidad en megahertz, memoria ram y capacidad en disco duro; de la misma manera, hay muchos monitores con idéntica resolución de pantalla, esto es, capacidad para definición de imagen (nitidez) y tamaño en pulgadas; e, igualmente, las partes tales como mouse, modem externo, teclado, bafles, micrófonos, etc., presentan similares características.

De tal manera que, en este específico caso, la serie, junto con la marca y el modelo, constituyen uno de los elementos esenciales para la descripción, pues de no considerarse así, una misma declaración de importación, conforme lo resalta la DIAN, puede servir para amparar mercancías con características idénticas, no legalizadas, lo cual es difícil de detectar, especialmente, cuando la mercancía ha salido del territorio aduanero y se ejerce sobre la misma el control posterior, en virtud de la facultad contenida en el artículo 62, literal d), del Decreto 1909 de 1992, el cual autoriza a la DIAN para:

“d. Ordenar en cualquier momento la inspección física de las mercancías de procedencia extranjera, aun cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías”.

Cabe tener en cuenta que si bien es cierto que, como lo observó el a quo, en el reverso de las declaraciones de importación que obran a folios 211, 231, 258, 268, 276, 288 y 301 del cuaderno principal aparecen unos números de seriales de mercancías amparadas por aquéllas, no lo es menos que, en el Auto de Inspección y Control Aduanero núm. 11159 de 24 de noviembre de 1993, que sirvió de fundamento a los actos administrativos acusados, los funcionarios de fiscalización de la DIAN dejaron la siguiente constancia:

“... Una vez adquirida la documentación solicitada se realizó el cotejo de las copias aportadas por COMPAQ, con las Declaraciones de Aduana que reposan en la Almacenadora, comprobándose que en la mayoría de las Declaraciones que la Almacenadora posee, no se presenta la descripción de las mercancías como lo establece la Legislación Aduanera, esto es, no se hace enumeración de los seriales con los cuales vienen las mercancías ... y que a pesar de esto, algunas de las fotocopias de las Declaraciones aportadas por la COMPAÑIA COMPAQ si tenían seriales en el anverso (sic), lo cual originó la duda de una posible adulteración del documento ...”

“...En el caso en concreto, algunas de las fotocopias aportadas por el Importador presentaban enumeración de seriales en la parte trasera, y sin embargo el original de la Declaración que es el documento con el que se queda la Almacenadora no tiene esta enumeración de seriales...”

“...Ahora, para aclarar lo relacionado con la veracidad y autenticidad de las fotocopias certificadas y aportadas por la Compañía COMPAQ S.A. y de las cuales algunas presentaban descripción de seriales en el anverso (sic) de las mismas, se solicitó con oficio No.DF-100307 del 17 de noviembre al Banco de Occidente, fotocopias certificadas de las Declaraciones de Aduanas, con aclaración de si en el

anverso (sic) de éstas se encuentra consignada información alguna, como respuesta a esta solicitud, el día 19 de noviembre del presente año, el Banco envió a esta División las fotocopias solicitadas, anotando en el anverso de cada una de estas la palabra “EN BLANCO”...”.

Advierte la Sala que el apoderado de la actora no controvertió esta circunstancia ni en la vía gubernativa ni en la jurisdiccional y, por el contrario, admitió que en los documentos de importación se omitió la indicación del número de serial solo que, a su juicio, ello no constituye causal de sanción...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Manuel Santiago Urueta Ayola.*

TERCERO ADQUIRENTE O POSEEDOR DE BUENA FE

El decomiso procede aún contra terceros poseedores de buena fe

14 de junio de 2001

Radicación: 25000-23-24-000-1998-00881-01(6506)

...«Así, desde el principio, la actora admitió que la mercancía decomisada tenía procedencia extranjera y que, requerida por la DIAN, no había presentado copia de la respectiva declaración de importación. Con todo, sus argumentaciones se concentran en demostrar que los terceros adquirentes de tales mercancías no están sujetos al deber de exhibir ante la DIAN el documento de importación. De este planteamiento deriva el cargo de violación de las normas invocadas, que se citaron anteriormente.

De conformidad con el artículo 2° del Decreto 1909 de 1992, «la obligación aduanera comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de conservar los documentos que soportan la operación, atender las solicitudes de información y pruebas, y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.» El artículo 3° ibídem incluye al propietario o tenedor de la mercancía como responsable de dicha obligación.

El artículo 62 del Decreto 1909 de 1992 confirió a la autoridad aduanera poderes para exigir pruebas del cumplimiento de dichas obligaciones, de los cuales cabe destacar los siguientes, que tocan con terceros o sea, con personas distintas del «usuario aduanero»:

«ART. 62.- Facultades de fiscalización y control. Dentro de las facultades de fiscalización y control con que cuenta la administración aduanera, la Dirección de Aduanas Nacionales podrá: ...

d. Ordenar en cualquier momento la inspección física de las mercancías de procedencia extranjera, aun cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías;

g. Inspeccionar los documentos, soportes, correspondencia comercial, registros, libros contables, operaciones bancaria, comerciales y fiscales y demás elementos que puedan servir de base para determinar las operaciones aduaneras y la adquisición de mercancía de procedencia extranjera, tanto del usuario aduanero como de terceros.

l. En general, practicar todas las diligencias y practicar las pruebas necesarias para la correcta y oportuna determinación de los tributos aduaneros y la aplicación de las sanciones a que haya lugar.»

Para la Sala, estas normas facultaban a la autoridad aduanera para requerir a COMERCIALIZADORA PS S.A., aun siendo un tercero, prueba de haberse realizado legalmente la importación.

Bien es verdad que esta Corporación declaró nula la expresión «e independientemente de quien sea su propietario o tenedor» que aparecía en el artículo 4° del Decreto 1909 de 1992, en el cual se define la “Naturaleza de la obligación aduanera”. Este pronunciamiento se contrajo a definir el carácter personal de la obligación de pagar los tributos aduaneros, la cual no es exigible a terceros adquirentes; pero en manera alguna tendría el efecto de exonerar a éstos de los demás deberes comprendidos en la obligación aduanera; y menos aún de privar a las autoridades de sus poderes para perseguir las infracciones a la misma. Así, pues, el decomiso de las mercancías tuvo suficiente fundamento legal.

Para concluir, advierte la Sala que en el caso presente no procedía solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia, prevista en los artículos 32 a 36 de la Sección Tercera del Capítulo III relativo a “*Las competencias del Tribunal*” del ‘Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena’, habida cuenta que la actora no expuso las razones por las cuales estimaba violadas las Decisiones 378 y 379 del Acuerdo de Cartagena, por lo que no existiría materia para dicha interpretación...».

*Olga Inés Navarrete Barrero, Camilo Arciniegas Andrade,
Gabriel E. Mendoza Martelo, Manuel S. Urueta Ayola.*

TERCERO ADQUIRENTE O POSEEDOR DE BUENA FE

Solo procederá el decomiso si el propietario de la mercancía de origen extranjero no demuestra con medios idóneos la adquisición nacional de la misma y no referencia a los importadores de ella

9 de diciembre de 2004

Radicación: 25000-23-24-000-2001-00161-01(8987)

...«En esencia, lo aquí a dilucidar es si en tratándose de mercancía de origen extranjero, aprehendida en manos de un tercero adquirente de buena fe, es o no procedente su decomiso en los términos del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, por el hecho de no haber acreditado su legal importación, efecto para el cual esta Corporación se remitirá a las normas pertinentes vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. (...)

Para el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 1909 de 1992, la obligación aduanera nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional, y comprende, entre otras, la presentación de la declaración de importación.

Por su parte, el artículo 3º, ibídem, dispone que de conformidad con las normas correspondientes serán responsables de las obligaciones aduaneras el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía; y que, así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

A su turno, el artículo 4º, ibídem, señala que la obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono, la aprehensión y decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.

El artículo 62, ibídem, establece que en ejercicio de las facultades de fiscalización y control la DIAN podrá, entre otras, adelantar las

investigaciones que estime convenientes para establecer la práctica de hechos que impliquen un menor pago de tributos aduaneros o la inobservancia de los procedimientos aduaneros; realizar las acciones necesarias para verificar la exactitud de las declaraciones y demás documentos presentados a la autoridad aduanera; ordenar en cualquier momento la inspección física de las mercancías de procedencia extranjera, aun cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías; ejercer la inspección y vigilancia de bienes muebles o inmuebles, incluido el registro de oficinas; inspeccionar los documentos, soportes, correspondencia comercial, registros, libros contables, operaciones bancarias, comerciales y fiscales y demás elementos que puedan servir de base para determinar las operaciones aduaneras y la adquisición de mercancía de procedencia extranjera, tanto del usuario aduanero como de terceros; y tomar las medidas cautelares necesarias para la debida conservación de la prueba, incluyendo la aprehensión de la mercancía.

Analizadas armónicamente las normas anteriores, la Sala admite que es cierto que la DIAN tiene la facultad de verificar en cualquier momento la legal introducción de la mercancía, independientemente de quien la tenga en sus manos, pero ello no significa que aquella pueda desconocer el carácter personal de la obligación aduanera y exigir el cumplimiento de una obligación a quien no es responsable de la misma.

En este orden, para efectos de la legalización correspondiente, no desconoce esta Corporación el papel que juega la declaración de importación en el manejo y tráfico de la mercancía importada en el territorio nacional, que la Sala ha descrito como *“fundamental... para amparar o acreditar la legalidad de las mercancías de origen extranjero que se encuentren en el territorio nacional, tanto que, haciendo un símil, se puede decir que ésta es la cédula de ciudadanía de las mismas”*.

Sin embargo, tampoco puede la Sala pasar por alto que la presentación de la declaración de importación incumbe al importador de la mercancía, y consecuentemente a él también le corresponde acreditar su legalidad, afirmación que encuentra respaldo legal en los artículos 23, 32 y 28 del Decreto 1909 de 1992, (...)

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que la DIAN como medida cautelar puede aprehender la mercancía, por ejemplo en manos de un tercero, como es el caso de FRONTIER DE COLOMBIA S.A., pero, para proceder a su decomiso, es necesario verificar previamente la situación jurídica de dicho tercero como adquirente de buena fe de la mercancía aprehendida,

pues se presume que quien adquiere un bien de procedencia extranjera en el comercio nacional, lo hace pensando que fue legalmente importado, sobre todo atendiendo la calidad y condiciones del vendedor, circunstancias que deben permitir identificarlo plenamente en el ámbito del comercio para efectos del cumplimiento de sus obligaciones aduaneras como importador.

En el caso concreto que se examina, la actora aportó un gran número de facturas debidamente expedidas, las cuales una vez examinadas, en principio, se advierte que corresponden a los elementos decomisados, pues si bien es cierto que en la mayoría de ellas se describe de manera genérica la mercancía, como por ejemplo, “1 computador Compaq Presario 4/25”, “1 computador Dell 450”, “1 computador clone”, “1 impresora Okidata”, “5 computadores CLONE SIN MARCA PENTIUM”, “CÁMARA COLOR, MONTURA DE PARED, REFERENCIA RT30CA”, etc., también lo es que el artículo 617 del Estatuto Tributario señala que las facturas de venta, para efectos tributarios, deben contener los siguientes requisitos: a) Estar denominada expresamente como factura de venta; **b) Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio;** c) apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado; d) Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta; e) Fecha de su expedición; **f) Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados;** g) Valor total de la operación; h) El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura, e i) Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.

Respecto de la descripción detallada de la mercancía, indicando la marca, referencia, serie, modelo, etc., la Sala considera que le asiste razón a la actora en cuanto a que tal descripción es propia de las declaraciones de importación, si se tiene en cuenta que el objeto de la descripción de la mercancía es determinar su individualización en la forma más precisa posible con el fin de asegurar la diferenciación de cada una de las unidades que la componen, tanto entre las importadas en una misma operación como respecto de las demás operaciones, y evitar así que con una misma declaración de importación se amparen mercancías de la misma clase adicionales a las legalmente importadas.

Al haberle aportado la actora a la DIAN las facturas de compra de la mercancía a ella aprehendida y posteriormente decomisada, aquella debió dirigirse a quienes expidieron dichas facturas con el fin de exigirles la presentación de las respectivas declaraciones de importación, pues es

evidente que no se le puede exigir al administrado más allá de lo que éste esté en posibilidades de hacer que, para el caso, se reitera, era presentar las facturas que demuestran la compra de los elementos decomisados en el mercado nacional. No obstante, es evidente que FRONTIER DE COLOMBIA S.A. hizo todos los esfuerzos por obtener los documentos de importación requeridos, tal como se comprueba con los oficios remitidos a algunos de los vendedores con el fin de obtenerlos.

No sobra advertir que la anterior posición de la Sala no desconoce la facultad legal que, como ya se dijo, le asiste a la DIAN para perseguir la mercancía que se encuentre ilegalmente en el país en manos de quien la tenga, sólo que la prueba de su legal introducción debe exigírsela al importador cuando éste se encuentra plenamente identificado y en algunos casos, como en el presente, el propietario de la mercancía demuestra su adquisición aportando facturas debidamente emitidas, de tal manera que si el importador no demuestra su legal introducción, podría éste entonces utilizar la opción de declararla en los términos del artículo 57 del Decreto 1909 de 1992. (...)

Los anteriores preceptos ponen de presente que si el importador de una mercancía aprehendida, bien en manos de él o de un tercero de buena fe, paga el correspondiente rescate en los términos contenidos en el Decreto 1909 de 1992, dicha mercancía quedará legalizada y, en consecuencia, no procederá su decomiso. Por su parte, el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, fundamento de los actos acusados, preceptúa:

“Artículo 72. MERCANCIA NO DECLARADA O NO PRESENTADA. Se entenderá que la mercancía no fue declarada, cuando no se encuentra amparada por una declaración de importación, cuando en la declaración se haya omitido la descripción de la mercancía o ésta no corresponda con la descripción declarada, o cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración.

“Se entenderá que la mercancía no fue presentada, cuando no se entregaron los documentos de transporte a la Aduana, cuando la introducción se realizó por lugar no habilitado del territorio nacional, o cuando la mercancía no se relacionó en el manifiesto de carga o fue descargada sin la previa entrega del manifiesto de carga a la Aduana.

“En estos eventos, así como en los demás que se encuentran previstos en el literal a) del artículo 1° del Decreto 1750 de 1991, procederá la multa de que trata el inciso primero del artículo 3° del citado Decreto, equivalente al cincuenta por ciento (50%)

del valor de la mercancía, sin perjuicio de su aprehensión y decomiso. Lo anterior, siempre que la mercancía no haya sido legalizada mediante el rescate”.

En este orden de ideas, se tiene que si bien es cierto que el artículo 72 transcrito dispone que se entenderá que la mercancía no fue declarada cuando no se encuentra amparada por una declaración de importación, y que en este evento procederá la multa de que trata el inciso primero del artículo 3º del Decreto 1750 de 1991, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía, sin perjuicio de su aprehensión y decomiso, y siempre que la mercancía no haya sido legalizada mediante el rescate, también es cierto que el decomiso no es procedente cuando la mercancía se haya en poder de un tercero de buena fe, como es el caso de FRONTIER DE COLOMBIA S.A., que además demuestre eficientemente su adquisición nacional, si se tiene en cuenta, se reitera, que la obligación aduanera es de carácter personal y que, por lo tanto, es al importador a quien corresponde presentar la respectiva declaración de importación y acreditar su legalidad, quien, de no hacerlo, incurrirá en la multa anteriormente prevista y se hará acreedor a la sanción accesoria de clausura y cierre del respectivo establecimiento comercial por el término de un (1) día, el cual, en caso de reincidencia, podrá imponerse hasta por un término de quince (15) días, cierre que se realizará colocando en el respectivo establecimiento un sello con la leyenda “*cerrado por contrabando*”, tal y como lo prevé el artículo 74 del Decreto 1909 de 1992.

Correlativamente, debe concluirse que si quien se presenta como propietario no demuestra en debida forma la adquisición nacional de la mercancía extranjera y la referencia de los importadores de la misma, el decomiso procederá con la plenitud de sus consecuencias legales.

Corolario de lo expuesto es que la DIAN debió tener en cuenta las facturas presentadas por la actora y desplegar su actividad para localizar a los importadores de la mercancía aprehendida con el fin de verificar si dicha importación fue llevada a cabo legalmente y, al no hacerlo, desconoció el principio de justicia a que alude el artículo 64 del Decreto 1909 de 1992, (...) De igual manera, los actos acusados desconocieron el artículo 83 de la Constitución Política, que preceptúa que la buena fe se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, presunción que es definida por el artículo 768 del Código Civil como “... la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio” y que, de acuerdo con el artículo 769, ibídem, “... se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”,

preceptos últimos que por disposición del artículo 822 del Código de Comercio son aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.

De otra parte, el Código de Comercio, en sus artículos 835, 871 y 773 dispone, respectivamente, que “*Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa...*”, que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”, y que “*Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título*”.

En cuanto a la mercancía que dice la actora encontrarse amparada por los contratos de leasing, la Sala considera que también le son aplicables las consideraciones anteriores, en la medida en que la DIAN bien pudo dirigirse a la compañía con quien la actora contrató el suministro de los elementos allí descritos con el fin de esclarecer su procedencia, y no proceder a decomisarlos en contravía de los principios antes citados.

Establecido que los actos acusados fueron indebidamente motivados la Sala se abstendrá de analizar los demás argumentos de la apelación, procederá a declarar su nulidad y ordenará, a título de restablecimiento del derecho, que la DIAN devuelva a la actora los elementos que se encuentren amparados en las facturas y en los contratos de leasing que fueron relacionados en las respectivas actas de aprehensión y que fueron objeto de decomiso mediante los actos acusados. La anterior decisión precisa la posición que la Sala había venido adoptando, particularmente en las sentencias de 14 de junio de 2001, exp. núm. 6506; actor, Comercializadora P.S.S.A., Consejero Ponente, Dr. Camilo Arciniegas Andrade; y de 14 de marzo de 2002, exp. núm. 7086, actor, Javier Valencia Hoyos, Consejero Ponente, Dr. Manuel S. Urueta Ayola, en el sentido de que la mercancía puede ser decomisada sin que interesen las circunstancias en que la tenga la persona en cuyo poder se encuentre, y, en su lugar, se concluye que sólo procederá el decomiso en la medida en que el propietario de una mercancía de origen extranjero no demuestre mediante medios idóneos la adquisición nacional de la misma y tampoco referencie a los importadores de ella, con lo cual quedaría desvirtuada la presunción de buena fe que ampara la operación negocial correspondiente...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel E. Mendoza Martelo (Salvamento de voto),
Olga I. Navarrete Barrero, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.*

TERCERO ADQUIRENTE O POSEEDOR DE BUENA FE

El decomiso no procede frente a tercero adquirente de buena fe, puesto que la obligación aduanera es de carácter personal y, por lo tanto, es al importador a quien corresponde presentar la respectiva declaración de importación y acreditar su legalidad

7 de octubre de 2010

Radicación: 68001-23-15-000-1998-01566-01

...«Para el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 2° del Decreto 1909 de 1992, la obligación aduanera nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional y comprende, entre otras, la presentación de la declaración de importación.

Por su parte, el artículo 3°, ibídem, dispone que de conformidad con las normas correspondientes serán responsables de las obligaciones aduaneras el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía; y que, así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

A su turno, el artículo 4° ibídem, señala que la obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono, la aprehensión y decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.

Según el artículo 62 ibídem, en ejercicio de las facultades de fiscalización y control la DIAN podrá, entre otras, adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la práctica de hechos que impliquen un menor pago de tributos aduaneros o la inobservancia de los procedimientos aduaneros; realizar las acciones necesarias para verificar la exactitud de las declaraciones y demás documentos presentados a la autoridad aduanera; ordenar en cualquier momento la inspección física de las mercancías de

procedencia extranjera, aun cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías; ejercer la inspección y vigilancia de bienes muebles o inmuebles, incluido el registro de oficinas; inspeccionar los documentos, soportes, correspondencia comercial, registros, libros contables, operaciones bancarias, comerciales y fiscales y demás elementos que puedan servir de base para determinar las operaciones aduaneras y la adquisición de mercancía de procedencia extranjera, tanto del usuario aduanero como de terceros; y tomar las medidas cautelares necesarias para la debida conservación de la prueba, incluyendo la aprehensión de la mercancía.

La Sala en sentencia de 9 de diciembre de 2004, sostuvo que si bien es cierto que la DIAN tiene la facultad de verificar en cualquier momento la legal introducción de la mercancía, independientemente de quien la tenga en sus manos, también es cierto que la DIAN no puede desconocer el carácter personal de la obligación aduanera y exigir su cumplimiento a quien no es responsable de la misma. (...)

En la misma sentencia, la Sala resaltó la importancia de la facultad legal que, como ya se dijo, le asiste a la DIAN para perseguir la mercancía que se encuentre ilegalmente en el país en manos de quien la tenga, pero anotó que la prueba de su legal introducción debe exigírsela al importador cuando éste se encuentra plenamente identificado y en algunos casos, como en el presente, el propietario de la mercancía demuestra su adquisición aportando facturas debidamente emitidas. Así dijo la Sala: (...)

En efecto, obran en el expediente las facturas allegadas por MULTICOMPUTO LTDA. con las que pretendió demostrar en vía gubernativa, que se trataba de un comprador de buena fe que adquirió la mercancía encontrada en el establecimiento de comercio en el mercado nacional. Asimismo, la actora allegó los requerimientos que en reiteradas oportunidades hizo a sus proveedores, con el fin de obtener las declaraciones de importación de la mercancía inspeccionada por la DIAN. Como respuesta a dichos requerimientos, los proveedores de MULTICOMPUTO LTDA. allegaron varias Declaraciones de Importación, las cuales no fueron tenidas en cuenta por la DIAN en ninguno de sus actos.

Siendo el comprador responsable de las obligaciones aduaneras como lo prevé el artículo 3° del Decreto 1909 de 1992, junto con el importador, el propietario o el tenedor de la mercancía e inclusive quien se haya beneficiado de la operación aduanera, se observa que el comprador hizo todos los esfuerzos por demostrar que se trataba de un comprador de buena fe y que

correspondía a la DIAN la investigación del posible contrabando si hubiera existido.

Para la Sala, ante el hecho de que la actora hubiera aportado al expediente las facturas de compra venta de la mercancía, se hacía necesario que la DIAN se hubiera dirigido a quienes expidieron dichas facturas, con el fin de exigirles la presentación de las respectivas declaraciones de importación y hacer el cotejo para determinar si se trataba de la misma mercancía, pues no se le puede exigir al administrado más allá de lo que éste esté en posibilidades de hacer que, para el caso, se reitera, era presentar las facturas que demuestran la compra de la mercancía inspeccionada en el mercado nacional.

Cabe precisar que cuando la mercancía se encuentra en poder de un tercero, como en el presente caso, no es procedente exigir que además demuestre su adquisición nacional de manera eficiente, si se tiene en cuenta, que la obligación aduanera es de carácter personal y que, por lo tanto, es al importador a quien corresponde presentar la respectiva declaración de importación y acreditar su legalidad.

De esa manera, los actos acusados desconocieron el artículo 83 de la Constitución Política, que preceptúa que la buena fe se presumirá en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, presunción que es definida por el artículo 768 del Código Civil como “... la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio” y que, de acuerdo con el artículo 769, ibídem, “... se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”, preceptos últimos que por disposición del artículo 822 del Código de Comercio son aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles.

De otra parte, el Código de Comercio, en sus artículos 835, 871 y 773 dispone, respectivamente, que “Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa...”, que “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”, y que “Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título”...».

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Vellilla Moreno.

TERCERO ADQUIRENTE O POSEEDOR DE BUENA FE

La buena fe que aduce el adquirente de la mercancía no sana el estatus de ilegalidad de la importación

11 de febrero de 2016

Radicación: 25000-23-27-000-2002-01500-01

...«Las facultades invocadas por la DIAN para la expedición de la Resolución 0391 de enero 22 de 2002 objeto de demanda, se encuentran consignadas en los artículos 469, 470 y 507 al 512 del Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999 “por el cual se modifica la Legislación Aduanera”, expedido por el Ejecutivo Nacional, disposiciones que regulan lo relativo a la facultad de fiscalización y control aduanero y al procedimiento del requerimiento especial aduanero.

En la parte considerativa del acto acusado, la DIAN invocó como fundamentos de derecho para la decisión de ordenar el decomiso de una mercancía, las siguientes normas aduaneras contenidas en el Decreto 2685 de 1999, que recogió las del Decreto 1909 de noviembre 27 de 1992 “Por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera”:

“ARTÍCULO 1. DEFINICIONES PARA LA APLICACIÓN DE ESTE DECRETO. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina: (...)

DECOMISO: Es el acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su presentación y/o declaración ante las autoridades aduaneras, por presentarse alguna de las causales previstas en el artículo 502 de este Decreto. (...)

ARTÍCULO 3. RESPONSABLES DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por

su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante, en los términos previstos en el presente Decreto.

Para efectos aduaneros la Nación estará representada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (...)

ARTÍCULO 4. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN ADUANERA. *La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella. (...)*

ARTÍCULO 87. OBLIGACIÓN ADUANERA EN LA IMPORTACIÓN. *La obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional.*

La obligación aduanera comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes. (...)

ARTÍCULO 232-1. *Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando:*

- a) *No se encuentre amparada por una Declaración de Importación;*
- b) *No corresponda con la descripción declarada;*
- c) *En la Declaración de Importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía, o*
- d) *La cantidad encontrada sea superior a la señalada en la Declaración de Importación. (...)*

Con fundamento en el anterior marco normativo y en el que en su momento contenía el Decreto 1909 de 1992, fue que la DIAN adelantó el procedimiento en acatamiento de un fallo judicial, con el fin de definir la situación jurídica de una mercancía en virtud de la declaratoria de nulidad de los actos que habían ordenado la entrega de esta misma mercancía a SIDAUTO, tal y como lo dispusieron las resoluciones demandadas. (...)

[S]e puede afirmar que para el caso concreto, los vehículos decomisados al demandante mediante los actos objeto de la presente nulidad, que habían servido de garantía del Bono de Prenda N° 03793 del 29 de junio de 1994

que SIDAUTO S.A. tenía a favor del Banco del Estado, bien podían ser objeto de decomiso en favor del Estado, en procura de garantizar las obligaciones aduaneras por lo que podían ser perseguidos en cabeza de quien detentara la mercancía y con mayor razón, cuando se trataba de mercancía extranjera que entró al país sin declaración de importación que legalizara su ingreso, tal y como aconteció en el sub judice. (...)

La Sala no comparte la afirmación del apoderado del actor según la cual, por el hecho de que los rematantes -en este caso la sociedad MARBAJUL Y CIA LTDA.-, adquirió mediante la venta en pública subasta el derecho de dominio pleno y absoluto sobre los buses y que por dicha razón, la venta que le hizo al señor Salamanca Pire tiene causa legal y legítima, por cuanto deja de lado las siguientes presunciones que no admiten controversia alguna.

En vista de que la DIAN había dado una orden de entrega que no procedía, tanto así que fue declarado nulo este acto, el importador demandado SIDAUTO S.A. no adquirió un derecho particular del cual pudiera disponer libremente, en vista de que las declaraciones de importación de los vehículos no existían (por la contradicción en el modelo de los buses) y por esa razón, no se encontraban legalizados en el país. Bien es sabido que el único documento que demuestra la introducción legal de una mercancía al territorio aduanero nacional, es la declaración de importación. (...)

Por tanto, no puede aceptarse la tesis de la demanda según la cual, por el hecho de que el actor adquirió los buses de buena fe de una sociedad que también los había adquirido convencida de la legalidad del negocio jurídico dado el remate en pública subasta, se enerva la situación jurídica de la mercancía, como quiera que en vista de la inexistencia de la declaración de importación, la mercancía no se reputó como declarada ante la DIAN y, mal podría reconocerse la legalidad de dicha tradición. En síntesis, podría afirmarse que la buena fe que ha aducido el actor como adquirente de los dos buses que adquirió a la sociedad MARBAJUL Y CIA. LTDA, no saneó el estatus de ilegalidad de la importación...».

*Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala.*

ACTO DE TRÁMITE ADUANERO

Tienen tal carácter los requerimientos ordinarios y especiales

9 de marzo de 2017

Radicación: 08001-23-31-000-2010-00781-01

...«[D]ebe la Sala aclarar que respecto de los requerimientos ordinarios y especiales que se acusan en el presente proceso no procede la declaración de nulidad que efectuó el Tribunal Administrativo del Atlántico, toda vez que se trata de actos administrativos de trámite con los cuales comienza el procedimiento administrativo sancionatorio, y dada esa naturaleza no son pasibles de control judicial.

En efecto, los primeros ordenan poner a disposición las mercancías sobre las cuales recae la investigación aduanera, y mediante los segundos, se propone la imposición de la sanción de que trata el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, todo lo cual indica que no están definiendo aún la situación jurídica de la demandante y por ello no resultan censurables judicialmente...».

*Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González,
Carlos Enrique Moreno Rubio (E).*

B. PROCESO JUDICIAL POR DECOMISO DE MERCANCÍA

VINCULACIÓN DE TERCEROS

Cuando la mercancía es respaldada por una póliza en reemplazo de aprehensión la no vinculación de la aseguradora en el proceso judicial genera nulidad

20 de enero de 2005

Radicación: 13001-23-31-000-1995-00459-01(7205)

...«IV. La actuación oficiosa de la Sala. Llegada la oportunidad procesal para decidir, el Consejero Ponente advirtió que el auto admisorio de la demanda no había sido notificado a CONFIANZA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., tercero con interés directo en el resultado del proceso puesto que expidió la Póliza de Cumplimiento 01-028-1068608 cuya efectividad, en proporción a la parte incumplida, se ordenó mediante los actos acusados.

Como quiera que la falta de notificación del auto admisorio de la demanda a la compañía aseguradora encuadra dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse notificado todas las personas que pueden tener interés directo en las resultas del proceso, y teniendo en cuenta que conforme al artículo 144 ídem es saneable si la alega la persona interesada y afectada, mediante auto de 3 de abril de 2003 se ordenó ponerla en conocimiento del representante legal de CONFIANZA S.A., a quien se le concedió el término de cinco (5) días siguientes a la notificación para que compareciera al proceso. Durante el término legal la apoderada de la compañía aseguradora solicitó que se confirmara el fallo apelado. En tal virtud, mediante proveído de 17 de octubre de 2003 el Consejero Ponente resolvió tener por saneada la irregularidad anotada (artículo 145 CPC), prosiguiéndose con la actuación...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel E. Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.*

VINGULACIÓN DE TERCEROS

La no intervención de la aseguradora en el proceso judicial no genera vicio alguno

5 de febrero de 2015

Radicación: 13001-23-31-000-2004-00482-01

...«Sobre la intervención de la compañía de seguros en procesos de decomiso de mercancías respaldadas por una póliza en reemplazo de aprehensión, sea esta la ocasión para rectificar la posición jurisprudencial que anteriormente sostenía esta Sección, en el sentido que cuando la aseguradora no había sido vinculada al proceso se declaraba la nulidad de lo actuado, por considerarse aquella como un tercero interesado en las resultas del mismo. En esta oportunidad, la Sala advierte que la no intervención de la aseguradora en este tipo de procesos no genera vicio alguno, en la medida en que su participación no halla una relación directa con el cuestionamiento de legalidad del acto de decomiso, sino que su interés versa concretamente sobre la efectividad de la póliza. En este orden, las pretensiones de la aseguradora a ese respecto, bien pueden ser planteadas ante esta Jurisdicción al demandar el acto por el cual se declara incumplida la obligación de devolver la mercancía y se ordena hacer efectiva la respectiva garantía. Nótese, entonces, que en el proceso por el cual se controvierte el acto de decomiso, el eventual llamamiento de la aseguradora no es siquiera necesario al no adoptar ésta la calidad de tercero interesado en el proceso, por las razones anotadas.

De otra parte, la Sala no desconoce que el procedimiento por el que la DIAN declara el incumplimiento del deber de entregar la mercancía y ordena hacer efectiva la póliza, depende jurídicamente de la existencia de un acto administrativo en firme de decomiso; de forma tal que al declararse nulo este último, resulta obvio que no ha de tener lugar aquel, al desaparecer la causa de la obligación por ilegalidad. En otras palabras, al declararse la nulidad de los actos administrativos de decomiso, es claro que no le asiste al demandante la obligación de devolver la mercadería, y por

contera, tampoco habrá de hacerse efectiva la póliza de seguro tendiente a garantizar el cumplimiento de tal deber.

No obstante lo anterior, se reitera, no es factible acceder a la solicitud sugerida por el demandante, mediante el reconocimiento de la situación jurídica advertida a su favor, toda vez que la misma no comporta el resarcimiento de un derecho a aquel conculcado con ocasión de los actos declarados nulos.

Ahora, el eventual restablecimiento del derecho, entendido como el retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión del acto ilegal, puede consistir en que la Administración devuelva al interesado lo que éste sufragó como prima por la póliza otorgada en reemplazo de la aprehensión, pues ello sí corresponde a un estipendio que afectó directamente su patrimonio, y que se generó en una actuación cuya nulidad prosperó. Sin embargo, en el presente caso, el actor no formuló solicitud alguna en tal sentido, por lo que la misma tampoco habrá de reconocerse...».

*Guillermo Vargas Ayala, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

La empresa transportadora no tiene legitimación para demandar la nulidad de la decisión que ordena el decomiso, pues este afecta a su propietario

25 de febrero de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5201

...«Habida cuenta de que la decisión acusada fue la de ordenar el decomiso de la mercancía, dejándose para “la correspondiente etapa procesal” la definición de la responsabilidad de la demandante, y de que según se observa en el plenario, la situación generada por dicha decisión no ha afectado en forma alguna los intereses de la actora, la Sala encuentra que ella carece de legitimación para incoar la nulidad de la misma, atendiendo lo prescrito en el artículo 85 del C.C.A., en el sentido de que la persona que se crea lesionada es quien puede pedir la nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho afectado.

En el sublite, no existe razón objetiva para que la accionante se crea lesionada en su derecho. Incluso, ni siquiera adujo y menos aportó prueba alguna de haber sufrido perjuicio o daño por causa de lo decidido en el acto enjuiciado.

Al contrario, en lo que pudiera corresponder al daño emergente, según se puede leer en la demanda, a folio 17 del cuaderno principal, apenas se insinúa un daño hipotético, no causado, cuando dice que “se señala como responsable de la infracción en las providencias demandadas se señala a AVIANCA S.A., es por ello que a esta empresa corresponde enfrentar una indemnización al señor PEÑA como consecuencia del decomiso, **situación que aún no se ha consolidado pero lo será en un futuro cercano...**” (destaca la Sala).

Sobre el punto, es menester poner de presente que en el expediente no obra constancia de que tal situación se hubiera consolidado, es decir, que la actora hubiera indemnizado al importador por el decomiso de la mercancía,

evento en el cual se hubiera subrogado en los derechos de éste sobre la mercancía y, entonces sí, hubiera adquirido interés o legitimación para demandar la nulidad de la decisión de ordenar el decomiso.

A lo anterior se suman dos circunstancias que la excluyen de toda vinculación con el acto acusado, como son, de una parte, que no es cierto que en los actos enjuiciados se hubiera declarado responsable de la infracción a la empresa AVIANCA S.A., por cuanto como antes se anotó, la determinación de su responsabilidad se dejó para decidir en la actuación correspondiente a la misma, y de otra parte, que esta última actuación concluyó con la declaratoria de prescripción de la respectiva acción administrativa, mediante auto número 135 de 12 de marzo de 1.997, visible a folios 9 a 14 del cuaderno de copias.

Al efecto, la Sala estima que para adquirir interés directo en la causa, no es suficiente con que la actora hubiera sido vinculada a la actuación administrativa que culminó con el acto demandado, como tampoco su condición de transportadora de la mercancía decomisada, ni la solidaridad con el importador respecto de ciertas obligaciones aduaneras, ya que tanto la responsabilidad que le cabe por la suerte de la misma ante su propietario, como dicha solidaridad, sólo surgen por causas imputables a ella; de modo que pueden ocurrir hechos que sólo sean imputables al importador y que, por tanto, no comprometan al transportador, y viceversa. De allí que, como lo advierte el apoderado de la entidad demandada, se surtan actuaciones administrativas distintas o separadas en lo que concierne a cada uno de ellos, como ciertamente sucedió en este caso, en el que usando una expresión propia del derecho procesal penal, se rompió la unidad procesal en sede administrativa.

En estas condiciones, no existiendo, según el plenario, derecho qué restablecer a la empresa demandante, por efecto de la nulidad aquí solicitada, y careciendo dicha empresa de legitimación para ser parte del proceso como accionante, no tiene sentido entrar a examinar el fondo del asunto. Por consiguiente, ante la ausencia de un presupuesto sustancial de la acción, como lo es la legitimación por activa en la parte actora, la Sala se inhibirá de fallar sobre el fondo de la causa...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El transportador es tercero con interés en el proceso judicial cuando el decomiso le es imputable y la administración le reconoce vocación de interesado en la actuación administrativa que culmina con el acto de decomiso

15 de agosto de 2002

Radicación: 25000-23-24-000-1999-00100-01(6847)

...«Es cierto, conforme lo resalta la apoderada de la DIAN, que ante el incumplimiento de las obligaciones aduaneras existen dos procesos: el que afecta la situación jurídica de la mercancía, contra el IMPORTADOR o PROPIETARIO, y el que sanciona con multa al TRANSPORTADOR, como se infiere del texto de los artículos 4º del Decreto 1105 de 1992 y 72 del Decreto 1909 de 1992. Así lo entendió la Sala en sentencia de 28 de junio de 2001 (Expediente núm. 6339, Actora: TAMPA S.A., Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, al consultar el contenido de tales disposiciones.

La Sala en la sentencia de 25 de febrero de 1999 (Expediente núm. 5201, Actora: Avianca S.A., Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa), en un asunto similar al aquí analizado se inhibió de proferir sentencia de mérito por falta de legitimación en la causa por activa. (...) Se dijo en la mencionada providencia:

“... Habida cuenta de que la decisión acusada fue la de ordenar el decomiso de la mercancía, dejándose para “la correspondiente etapa procesal” la definición de la responsabilidad de la demandante, y de que según se observa en el plenario, la situación generada por dicha decisión no ha afectado en forma alguna los intereses de la actora, la Sala encuentra que ella carece de legitimación para incoar la nulidad de la misma, atendiendo lo prescrito en el artículo 85 del C.C.A., en el sentido de que la persona que se crea lesionada es quien puede pedir la nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho afectado.

En el sub lite, no existe razón objetiva para que la accionante se crea lesionada en su derecho. Incluso, ni siquiera adujo y menos aportó prueba alguna de haber sufrido perjuicio o daño por causa de lo decidido en el acto enjuiciado..”

“.....es menester poner de presente que en el expediente no obra constancia de que tal situación se hubiera consolidado, es decir, que la actora hubiera indemnizado al importador por el decomiso de la mercancía, evento en el cual se hubiera subrogado en los derechos de éste sobre la mercancía y, entonces sí, hubiera adquirido interés o legitimación para demandar la nulidad de la decisión de ordenar el decomiso..”

“...la Sala estima que para adquirir interés directo en la causa, no es suficiente con que la actora hubiera sido vinculada a la actuación administrativa que culminó con el acto demandado, como tampoco su condición de transportadora de la mercancía decomisada, ni la solidaridad con el importador respecto de ciertas obligaciones aduaneras, ya que tanto la responsabilidad que le cabe por la suerte de la misma ante su propietario, como dicha solidaridad, sólo surgen por causas imputables a ella; de modo que pueden ocurrir hechos que sólo sean imputables al importador y que, por tanto, no comprometan al transportador, y viceversa. De allí que, como lo advierte el apoderado de la entidad demandada, se surtan actuaciones administrativas distintas o separadas en lo que concierne a cada uno de ellos..”

“... En estas condiciones, no existiendo, según el plenario, derecho qué restablecer a la empresa demandante, por efecto de la nulidad aquí solicitada, y careciendo dicha empresa de legitimación para ser parte del proceso como accionante, no tiene sentido entrar a examinar el fondo del asunto. Por consiguiente, ante la ausencia de un presupuesto sustancial de la acción, como lo es la legitimación por activa en la parte actora, la Sala se inhibirá de fallar sobre el fondo de la causa. ...”

En esta oportunidad la Sala rectifica la posición adoptada en la sentencia precitada, pues si bien es cierto que, como ya se dijo, ante el incumplimiento de las obligaciones aduaneras existen dos procesos: el que afecta la situación jurídica de la mercancía, contra el IMPORTADOR o PROPIETARIO, y el que sanciona con multa al TRANSPORTADOR, no lo es menos que en la actuación administrativa que culminó con los actos acusados se hizo parte la actora, porque le fue notificado el pliego de cargos, a fin de que rindiera los correspondientes descargos; en la parte resolutive del acto sancionatorio que dispuso el decomiso se ordenó la notificación a su apoderado, a quien se le informó que contra el mismo procedía el recurso de reconsideración, recurso del cual hizo uso y fue resuelto a través de la Resolución núm. 001787 de 19 de agosto de 1998, todo ello aunado a la circunstancia de que la conducta por la cual se aprehendió la mercancía y se ordenó su posterior

decomiso (no estar amparada la mercancía en documento de transporte) es imputable a la empresa transportadora, pues esta es quien elabora esos documentos.

De tal manera que no existe razón lógica para que si la Administración le reconoce vocación de interesada a la empresa transportadora en la vía administrativa que culmina con el acto de decomiso, ella deba desconocerse en la instancia jurisdiccional, máxime si, en definitiva, el único que está en condiciones de rendir las correspondientes explicaciones o de desvirtuar la causal endilgada es el transportador, dado que se le está atribuyendo a él una conducta irregular por la que debe responder no solo ante las autoridades aduaneras, sino ante el propietario o importador, siendo irrelevante que el acto que lo afecta directamente (el de la multa) forme parte de otra actuación en la que nuevamente le formulen pliego de cargos por los mismos hechos respecto de los cuales ya tuvo oportunidad de rendir explicaciones y, eventualmente, lo pueda impugnar mediante las acciones judiciales pertinentes...».

*Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Camilo Arciniegas Andrade,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel S. Urueta Ayola (Aclara voto).*

C. JUNTA DE COMERCIO EXTERIOR

Es la competente para prohibir la exportación de sangre, plasma y sus derivados

12 de febrero de 1974

Radicación: CE-SEC1-EXP1974-N2032

...«La Sociedad “Laboratorios Biológicos de Colombia”, por intermedio de apoderado demandó la nulidad del Artículo décimo sexto del Decreto Reglamentario No. 1171 de 1973 (junio 18), por medio del cual se dispuso:

“A partir de la vigencia del presente Decreto, queda prohibida la exportación de sangre total o de plasmas y sus derivados.

“PARÁGRAFO. En casos de emergencia, la Cruz Roja Colombiana podrá hacer exportaciones de acuerdo con lo establecido en los convenios Internacionales. De estos envíos la Cruz Roja rendir informes detallados a la División de Atención Médica del Ministerio de Salud Pública”.

Las razones de la demanda se resumen en una sola que consiste en la falta de competencia del Gobierno para prohibir la exportación de productos, pues se trata de materia reservada a la Ley o a los convenios Internacionales, conforme al Artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967.

Sostiene además el demandante que las reglamentaciones relativas al régimen de exportaciones le compete al Consejo Directivo de Comercio Exterior por disposición expresa del mismo Artículo 46 y no al Gobierno, constituido para el caso por el Presidente y el Ministro de Salud.

Por último afirma el actor que el Artículo 16 del Decreto 1171 de 1973 entraña violación del Artículo 120 No. 3 de la C. N. pues la disposición contenida en aquél, excede la potestad reglamentaria, toda vez que para

ejercer ésta se precisa de la existencia de una Ley reglamentable que, para el caso, aún no ha sido expedida.

El actor pidió en el mismo libelo de demanda la suspensión provisional del Artículo 16 del expresado decreto, medida que decretó la Sala Unitaria con fundamento en las siguientes consideraciones:

“El régimen legal sobre exportaciones está estructurado, en los términos del Artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967 sobre el principio de la libertad de las mismas, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por Leyes o convenios internacionales.

“El referido Artículo prevé en sus literales a), d) y f) la posibilidad de establecer algunas limitaciones o restricciones y aún algunas prohibiciones temporales a la exportación, por las razones y para los fines allí mismo señalados. También se consagra en el párrafo del citado Artículo la prohibición permanente de exportar “bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación”.

“El mismo Artículo confiere a la junta de Comercio Exterior la facultad de dictar las reglamentaciones y determinar las restricciones y limitaciones que se deriven de la norma en cuestión, vale decir que a esta entidad le compete dictar las disposiciones complementarias de las prohibiciones, limitaciones y restricciones que, de manera amplia y en términos genéricos consagra el mencionado Artículo 46, para lo cual le confiere un cierto poder discrecional en la apreciación de los hechos y circunstancias que de manera general se prevén en el referido Artículo. Pero es, pues, evidente que en virtud de otras Leyes o de convenios internacionales pueden consagrarse otras excepciones al régimen de libertad de exportaciones y, más aún, que mediante una nueva Ley pueda transformarse tal régimen en otro diferente y también que se puedan consagrar nuevas restricciones o limitaciones a la libertad de exportación, atribuyéndosele a un organismo distinto de la Junta de comercio exterior, las facultades requeridas para la ejecución de los nuevos preceptos o trasladarle sus competencias actuales; todo ello claro está, dentro del marco constitucional y en todo caso, por medio de una Ley.

Ahora bien: En relación con la prohibición contenida en el Artículo acusado surgen dos posibilidades:

Primera: Si esa prohibición se considera comprendida dentro de la enumeración del Artículo 46 del Decreto 444 de 1967, entonces no le compete su determinación al Presidente de la República y al Ministro de Salud a

través de un Decreto Reglamentario, sino a la Junta de Comercio Exterior, de la cual hacen parte, entre otros, los Ministros de Hacienda, Agricultura y Fomento y el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación.

Segunda. Si la prohibición no cabe dentro de las previsiones del Artículo 46 del Decreto 444 de 1967, su consagración tampoco puede proceder de un decreto reglamentario, porque entonces, la competencia es del legislador.

Ni en el encabezamiento del decreto acusado que se califica de reglamentario, ni en sus considerandos se indica cuál es la norma legal objeto de la reglamentación, pero se invocan las facultades atribuidas al Ministerio de Salud Pública para “dictar las normas de protección de recuperación de la salud, de conformidad con el Decreto 2470 de 1968” orgánico del mismo. En este estatuto no se consigna tampoco ninguna prohibición específica sobre exportación de bienes, ni se atribuye al Ministerio de Salud Pública ninguna competencia al respecto. Y en cuanto a las normas que pueda dictar el Ministerio para la promoción, protección y recuperación de la salud y para la vigilancia de su ejecución específica claramente, que han de ser las necesarias para desarrollar la Ley y los decretos respectivos (Artículo 6o. literal c) Dcto. 2470 de 1968.

Resulta claro, entonces, que el Gobierno por medio de un simple decreto reglamentario no está facultado para prohibir, restringir o limitar la exportación de bienes, en razón de ser ésta una competencia legislativa”.

Esta Sala plural acoge íntegramente la fundamentación de la providencia transcrita y reafirma que en cuanto la prohibición específica contenida en el acto acusado pudiera considerarse comprendida dentro de las limitaciones o prohibiciones que en forma genérica prevé el Artículo 46 del Decreto-Ley 444 de 1967, entonces la competencia no sería del Presidente y su Ministro de Salud Pública, sino de la Junta de Comercio Exterior por ministerio de esta misma disposición, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Artículo 46. La exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por Leyes o Convenios Internacionales vigentes.

La Junta de Comercio Exterior podrá sin embargo:

a) Dictar reglamentaciones para encausar la exportación de ciertos productos a través de organismos especializados, con el objeto de defender los mercados externos mediante la garantía de calidades y oportuna

entrega y de armonizar el volumen de la exportación con la capacidad de la producción nacional y la posibilidad de su ensanche en tiempo razonable;

b) Señalar el grado de elaboración o transformación que deben tener ciertos productos para que puedan ser exportados. En ejercicio de esta facultad, la Junta tomará en cuenta las condiciones propias de las distintas regiones productoras:

c) Establecer limitaciones temporales para la exportación de Artículos de primera necesidad, cuya producción haya sido afectada por malas cosechas o causas de índole semejante y que no puedan ser sustituidos, en condiciones económicas, por otros de producción nacional o extranjera;

d) Fijar normas sobre calidades, empaques, marcas y demás requisitos que aseguren las mejores condiciones para la comercialización de los productos nacionales en los mercados externos;

e) Limitar o prohibir la exportación de Artículos necesarios para el abastecimiento nacional, cuando exista una escasez de ellos en el mercado mundial y mientras subsistan las circunstancias que la hayan determinado y

f) Establecer restricciones para proteger la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables.

Parágrafo. Queda prohibida la exportación de bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación.

La Junta de Comercio Exterior reglamentará la salida temporal de estos objetos con fines de exhibición, de acuerdo con las normas legales vigentes”...».

Carlos Galindo Pinilla, Alfonso Arango Henao, Humberto Mora Osejo.

III. ASUNTOS AMBIENTALES

CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES

Deben adoptar las medidas tendientes a que toda actividad se adecúe a las normas ambientales

4 de marzo de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5177

...«[L]os actos acusados se expidieron luego de practicarse una inspección por parte de CORALINA a las instalaciones donde funciona la empresa de propiedad de la demandante, a raíz de las denuncias formuladas por contaminación ambiental, como consta en el Informe Técnico de Visita núm. 413 de 26 de junio de 1996, del cual se desprende que la actividad de dicha empresa “... está directamente relacionada con la extracción, transporte, almacenamiento y procesamiento de materiales mineral y de construcción; actividades que producen impactos ambientales negativos durante la operación de la fábrica, como son...”: a) alteración superficial causada por los caminos de acceso y preparación del sitio; b) partículas de polvo provenientes del manejo y almacenamiento de los materiales, molinos y trituradoras, tráfico, excavación y desbroce del sitio; c) contaminación del recurso hídrico debido al escurrimiento de las áreas de almacenamiento de los materiales y de la producción o generación de desechos; d) ruido y emisiones de la operación de los equipos, y e) conflictos con los otros usos de la tierra.

2.- Igualmente se consigna que la referida fábrica se encuentra ubicada en la zona centro oriente de la Isla de San Andrés, en el sector denominado Sotas Bigth que, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, está destinado como zona residencial de media-baja densidad, cuyos usos principales son para viviendas unifamiliares aisladas, multifamiliares y bifamiliares; usos secundarios para residencias, pensiones, cafeterías y tiendas; y los usos complementarios para guarderías, parques infantiles y deportivos, puestos de

salud y templos religiosos, por lo cual es procedente requerir a Prefabricados My Friend Ltda. para que se reubique en un sector de la Isla que permita el desarrollo de la actividad propia de su objeto social, y se adecue a la normatividad ambiental, conforme a lo previsto en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, en el cual se dispone que al infractor de las normas sobre protección y conservación ambiental se le impondrán las medidas preventivas y sanciones a que haya lugar, según la gravedad de la infracción.

3.- Ahora bien, en relación con el primer argumento consignado en la parte motiva del fallo apelado, consistente en que dentro de las funciones asignadas a las Corporaciones Autónomas Regionales en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, no se encuentra la de dar órdenes con el fin de hacer cumplir los Planes de Ordenamiento Territorial, puesto que ello es de competencia exclusiva de la Administración Departamental, a lo cual, según el criterio del *a quo*, se procedió mediante los actos acusados, la Sala considera que tal argumento no puede ser de recibo, pues, si bien en la motivación de dichos actos se expresa que conforme al Plan de Ordenamiento Territorial del mencionado departamento la fábrica de propiedad de la accionante se encuentra ubicada en una zona en la que no se permite el funcionamiento de empresas de esa naturaleza por estar destinadas a otros usos como el residencial, etc., ello constituye una mera acotación para significar y resaltar la gravedad del daño ambiental que genera la actividad desarrollada por la actora en dicha zona, a efecto de adoptar las medidas tendientes a que se adecue a las normas ambientales que en ejercicio de sus funciones le corresponde hacer cumplir a CORALINA, con el fin de preservar el medio ambiente y garantizar a la comunidad un medio ambiente sano, y con el objeto de evitar la prosecución de los daños que a él se estaban causando, a los cuales se hizo referencia al inicio de estas consideraciones.

4.- De otra parte, en la sentencia recurrida se expresa que no puede admitirse que las atribuciones de policía conferidas en la Ley 99 de 1993 a las Corporaciones Autónomas Regionales para imponer sanciones y adoptar medidas respecto del infractor de las normas sobre protección ambiental “... incluya la de practicar requerimientos diferentes a los señalados en el artículo 85 de la precitada ley”, tal como se procedió mediante los actos acusados. Sobre el particular, la Sala observa que el requerimiento que se hizo a la parte actora en los actos enjuiciados para que en el término de un año trasladase a otro sector de la Isla las actividades que desarrolla, constituye precisamente una medida preventiva de carácter policivo que la ley habilita a dichas entidades a adoptar, cuando quiera que, como ocurre en este caso,

comprueben la violación de las normas sobre medio ambiente, como es la de amonestación escrita, consagrada en el numeral 2, literal a) del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, con la advertencia de que su incumplimiento puede acarrear al requerido o amonestado la imposición de las sanciones previstas en dicha norma, previo el respectivo procedimiento, tal como se consigna en el artículo 3° del primero de los actos acusados, en cuyo caso, el particular que se crea lesionado en sus derechos tiene a su disposición los recursos que proceden por la vía gubernativa, al igual que las acciones contencioso administrativas que se consagran en la ley. Así las cosas, la Sala concluye que el requerimiento o amonestación que se le hizo al actor en los actos acusados, tiene su fundamento en la facultad que confiere la ley a las mencionadas Corporaciones Autónomas Regionales para proceder a ello en los referidos casos, con mayor razón si se tiene en cuenta que tal determinación no implica la clausura de las actividades que realiza la actora, como quiera que ellas pueden desarrollarse en otro sector de la Isla, en la que no se causen impactos ambientales, es decir, en una zona que por la naturaleza del uso del suelo y las circunstancias ambientales que lo rodean, sea compatible con dicho tipo de actividad.

Adicionalmente, la Sala considera que si en el numeral 1, literal c) del artículo 85 de la Ley 99 de 1993 se faculta a las Corporaciones Autónomas Regionales para sancionar a los infractores de las normas sobre protección del ambiente con el “*cierre temporal o definitivo del establecimiento, edificación o servicio respectivo...*”, con mayor razón ellas están habilitadas para requerir o amonestar a tales infractores para que se adecuen a las normas ambientales, en el sentido de evitar la contaminación de los recursos naturales y, como consecuencia de ello, evitar que se perjudique la salud de las personas circundantes en la zona de que se trate, con fundamento en la facultad expresa de “amonestación verbal o escrita” que, como medida preventiva, se consagra en el ya citado numeral 2, literal a), del mismo artículo 85 de la Ley 99 de 1993. Conforme a lo anterior, para la Sala es incuestionable que con las decisiones adoptadas en los actos acusados, la parte demandada no se extralimitó en el ejercicio de sus funciones ni incurrió en abuso de autoridad o desviación de poder, sino que, por el contrario, dio cumplimiento a las respectivas disposiciones legales, por lo cual se impone que en la parte resolutive de esta providencia se revoque el fallo apelado y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda...».

**Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola.**

EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES DE TERRITORIOS INDÍGENAS

Consulta previa

20 de mayo de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5091

...«En cuanto a que la obligatoriedad de la consulta previa debe aplicarse a todo proyecto o medida que involucre pueblos indígenas, cabe reiterar que debido al tenor del parágrafo del artículo 330 de la Constitución, las medidas que con base en él tome el Gobierno, solo pueden referirse a la participación de las comunidades aludidas en el proceso de la toma de las decisiones para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

De suyo, la participación de éstas en la adopción de medidas sobre asuntos distintos al examinado, dada la especial protección que la Constitución le da, es materia de regulación en ejercicio de otras atribuciones, muchas de ellas deferidas al legislador.

Finalmente, la sindicación de que el decreto [decreto 1320 de 13 de julio de 1998] desconoce la participación libre de los demás miembros de los pueblos indígenas, porque la limita a los representantes de éstos, y porque no tiene en cuenta que toda decisión responde a un proceso de consulta y participación interna que posteriormente se comunica al interesado, no tiene asidero, por cuanto, de una parte, del numeral 2 del artículo 15 de la ley 21 de 1991 no se desprende que la consulta no pueda realizarse a través de los representantes de las comunidades indígenas; y, por la otra, el mandato constitucional reglamentado así lo establece de manera expresa, al decir que “*el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”. De modo que en este aspecto, el decreto no hace sino reproducir o recoger la regla constitucional.

De otro lado, con relación a los procedimientos internos de las comunidades para la toma de decisiones, ninguna censura se le puede hacer al decreto que amerite la nulidad total del mismo, puesto que nada prevé

al respecto, y menos interfiere en tales procesos. En conclusión, el cargo no prospera. (...)

[L]a Sala encuentra que sólo una de sus previsiones es contraria a las normas constitucionales invocadas y, por lo tanto, se declarará su nulidad en el aparte o expresión respectiva, como se explica a continuación.

En efecto, la medida insertada en el literal d) del pluricitado artículo 13, en el sentido de que en caso de no existir acuerdo en la reunión previa de consulta, ésta se suspenderá por una sola vez y **por el término máximo de 24 horas**, con el fin de que las partes evalúen las propuestas, no se adecua al artículo 2º de la Constitución.

Esta disposición, además de no ser armónica con el manejo general que de los plazos se hace en el decreto, puesto que los demás relacionados con la participación regulada en él se establecen en número de días, que van desde ocho (8) hasta treinta (30), no resulta razonable o proporcional (art. 36 C.C.A.) para los propósitos del decreto y del artículo 2º de la Carta, en cuanto al plazo precario que concede, debido a la naturaleza y complejidad de los posibles temas o asuntos de la consulta, y los factores socioculturales que están de por medio en el acuerdo, expuestos por el actor y por el Ministerio Público.

Así las cosas, esta parte del literal d) en comento resulta contraria al artículo 2º de la Constitución en lo que a la participación se refiere, aunque quepa decir que no se cuenta con una regla de tiempo que permita deducir cuál pudiera ser el plazo adecuado, pues el problema no es meramente cuantitativo, sino de mera razonabilidad o ponderación de lo posible, de cara a las circunstancias en las que usualmente se enmarca el asunto. Por lo tanto, la Sala acogerá la vista del representante del Ministerio Público y declarará la nulidad de la expresión “.. **y por el término máximo de 24 horas**,” contenida en dicho literal.

No sucede igual con lo previsto en el literal f) del mismo artículo, que se refiere al caso de que cuando cualquiera de las comunidades indígenas o negras involucradas no asista a la reunión de consulta, deberá justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha programada para su celebración y de que de no existir justificación válida, se entenderá que se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le pueda ocasionar.

Como “justificar”, según el Diccionario de la Lengua Española, significa “2. Probar una cosa con razones convincentes, testigos y documentos” no carece de razonabilidad el que habiendo sido debidamente notificada una comunidad indígena o negra interesada en un proyecto, obra o actividad para cuya realización sea menester la consulta previa, y en caso de que no se niegue a participar - situación prevista en el inciso final del artículo 12, deba ofrecer explicación del porqué no asistió a la reunión de consulta, ofreciendo razones convincentes.

Considerar hipotéticamente y de antemano que la autoridad ambiental no va aceptar o que van a depender del juicio o valoración arbitrarios de la misma las razones que determinaron dicha inasistencia, aducidas por aquélla, es tanto como presumir que su actuación no estará enmarcada dentro del postulado de la buena fe, que es principio constitucional (art. 83). Por lo demás, si la comunidad ofrece razones que, en su sentir, son justificativas de su inasistencia, es porque tiene interés en participar en la consulta y ello no puede ser indiferente a la autoridad ambiental.

Ahora, si esa justificación no se ofrece o si las razones que se den no son serias o convincentes, nada obsta para que pueda presumirse el acuerdo o asentimiento por parte de dicha comunidad como lo hace la norma cuestionada; y es precisamente a la comunidad interesada a quien compete destruir la presunción que establece la norma...»

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz (Salva Voto),
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola (Salva Voto),
Miguel González Rodríguez (Conjuez).*

BOSQUE ORIENTAL DE BOGOTÁ

Sustracción de área de reserva forestal

13 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-24-000-2003-00491-01

...«[P]ara la Sala los hechos objeto de cuestionamiento por parte de la actora se presentaron el 17 de junio de 1993, fecha en que el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez (CAR) mediante Resolución 2413, resolvió sustraer una parte del área de reserva forestal protectora denominada Bosque Oriental de Bogotá, época para la cual, las normas vigentes en esta materia eran las proferidas con anterioridad a la Ley 99 de 1993, pues esta entró en vigencia el 22 de diciembre de 1993, fecha de su publicación.

En consecuencia, el INDERENA tenía como función la de “3. Regular el uso, aprovechamiento, comercialización, movilización y en general el manejo de los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional, para lo cual tenía a su cargo: b) Declarar, alinderar, reservar y administrar las áreas que se consideran necesarias para la adecuada protección de los recursos naturales renovables y efectuar las sustracciones a que haya lugar” (art. 37 y 38 del Decreto 133 de 1976); funciones que fueron delegadas por cinco años a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá (CAR) mediante Acuerdo 30 de 1976 (artículo 5°).

Aun cuando esta delegación se dispuso por cinco años (art. 9 Acuerdo 30 de 1976), el legislador mediante la Ley 2ª de 1978 aclaró el Decreto 133 de 1976 y estableció que las Corporaciones Regionales existentes, conservarán las funciones de administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables dentro de los territorios de sus respectivas jurisdicciones.

De modo que, dentro del manejo de los recursos naturales renovables, se encuentra indudablemente la potestad, originada en la habilitación del legislador, para sustraer parte(s) de las áreas de reserva forestal, por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales.

Por lo tanto, debe entenderse que si el INDERENA tenía la función de declarar las áreas de reserva forestal, también podía sustraer parte(s) de dichas áreas, según los intereses públicos o sociales, pero como estas funciones fueron delegadas a las Corporaciones Autónomas Regionales existentes, bien podía la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá (CAR) sustraer una parte del área de reserva forestal de la zona denominada “Bosque Oriental de Bogotá”.

Sin embargo, observa la Sala que el acto acusado, esto es la Resolución 2413 de 19 de junio de 1993, fue proferida por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá (CAR), incumpliendo lo dispuesto en el artículo 17, numeral 6° de los estatutos de la entidad (Acuerdo 04 de 26 de enero de 1984), el cual establece que la Junta Directiva de la Corporación es la que debe aprobar la sustracción de áreas de las zonas de reserva, decisión que requería para su validez, la aprobación del Gobierno Nacional. El tenor de esta norma es el siguiente:

“Artículo 17.- Funciones de la Junta Directiva. *Las funciones de la Junta Directiva son de tres clases a saber:*

Clase A, que requieren para su validez, aprobación del Gobierno Nacional.

Clase B, que requieren el voto favorable del Presidente de las Junta.

Clase C, que no requieren para su validez ninguna formalidad especial.

Pertenece a la Clase A: (...)

6. Aprobar la creación de zonas de reservas y la sustracción de áreas dentro de las mismas. (...) *(negrilla fuera de texto)*

Es claro que el Director Ejecutivo de la entidad se atribuyó funciones que no le correspondían. Además, observa la Sala que el acto acusado fue expedido sin contar con la aprobación del Gobierno Nacional, pues según oficio 10353 de 1° de septiembre de 2004 (fl. 105) proferido por el Secretario General y Asuntos Legales de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR), “no se

encontraron antecedentes de la Resolución No. 2413 de 17 de junio de 1993”, contraviniendo la disposiciones vigentes al momento de su expedición.

Finalmente, la Sala considera que el acto acusado fue proferido atendiendo un interés particular, como lo era el de la Reforestadora Puente Chicó Ltda., la cual solicitó la sustracción del área de reserva forestal por supuestos “intentos de invasión en reiteradas oportunidades”, desconociendo lo establecido en el artículo 210 del Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente), que establece como requisito para poder sustraer parte de las áreas de reserva forestal, las “razones de utilidad pública e interés social”.

Fuerza es, entonces, declarar la nulidad de la Resolución 2413 de 17 de junio de 1993, por las razones expuestas...».

*Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

IV. ASUNTOS DE TRANSPORTE

TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS

No puede efectuarse en los camiones destinados a carga

14 de diciembre de 1931

Radicación: CE-EXP1931-12-14

...«Vistos: Ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bogotá presentó demanda el señor José Agüero La Rotta, acusando de nulidad la Resolución número 1° de 11 de enero de 1928, dictada por la Secretaría de Gobierno del Municipio de Bogotá. La citada Resolución dice:

Artículo 19 Prohíbese desde la fecha transportar pasajeros en los camiones destinados a carga, en los cuales solamente podrán ir el conductor y dos ayudantes, provistos de su respectiva licencia.

Artículo 2° La Policía de circulación queda encargada de hacer cumplir esta Resolución.

El Tribunal, por sentencia de 1° de agosto de 1928, resolvió declarar nula la Resolución.

Por apelación del Personero Municipal, el negocio está al conocimiento del Consejo de Estado.

La Ley 70 de 1930, artículo 5°, instituyó la segunda instancia, por apelación solamente, para juicios contenciosos que versen sobre asuntos municipales de las capitales de Departamentos. El ordinal b) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913 crea la acción contra actos ejecutados por autoridades administrativas del orden municipal.

La disposición de la Ley 70, primeramente citada, sustituyó, modificándola y ampliándola, la del artículo 14 de la Ley 72 de 1926, en cuanto solo permitía

la segunda instancia contra las contenciones suscitadas acerca de acuerdos municipales o resoluciones de los Alcaldes.

El Secretario de Gobierno del Municipio de Bogotá es autoridad administrativa de creación legal (artículo 3° de la Ley 72 de 1926).

Luego es plena la jurisdicción del Consejo para conocer de este negocio por apelación.

El Tribunal a quo estima nula la Resolución demandada porque ofende el derecho de los particulares a viajar con los artículos que transportan a la ciudad; crea el perjuicio consiguiente a la prohibición de ejercer la vigilancia directa sobre lo que se trae, y de aprovechar la baratura del pasaje.

Para el Tribunal la misión del Estado se reduce a indicar las medidas que deben tomarse en determinada ocasión para ajustar la actividad industrial a normas constitucionales y legales.

La intervención del Estado, en lo relativo a las actividades industriales, quedó reglada en el Acto legislativo de 1921, reformativo de la Constitución, y en su desarrollo han venido leyes que la circunscriben y limitan al radio de acción más propicio al normal desenvolvimiento de la sociedad, tanto en relación con lo que se predica de su moralidad como de su seguridad y de su salubridad.

El derecho de locomoción, en relación con el libre ejercicio de la actividad industrial de las empresas de transporte, no puede considerarse como un derecho civil adquirido inmodificable, que háyase incorporado al patrimonio particular en forma invulnerable, como un derecho esencialmente subjetivo, ya que al considerarlo como manifestación individual, nace y se desarrolla dentro de la comunidad social, política e industrial y con sujeción a los intereses generales que se anteponen siempre al particular. Son, pues, derechos que surgen a la vida con carácter de restringibles, y no pueden considerarse ofendidos por el hecho de someterlos a una necesaria reglamentación.

La constitución de sociedades comerciales, la industria bancaria, la de seguros, el uso de las vías públicas urbanas y rurales y el aprovechamiento de las riquezas naturales, todo está sometido a normas restrictivas que tienen por primordial” objeto la armonía de las funciones individuales y colectivas.

Vehículos destinados a carga llevarán los objetos comerciables, que por sus características peculiares no pueden conducirse en vehículos destinados

al tránsito de personas. La vigilancia de ese objeto está encomendada al porteador, al conductor, al empresario, no al dueño o dueños, ni al comisionista, ni al destinatario. La baratura de los transportes por camiones, que pueda resultaren una comparación con el precio de los demás vehículos destinados a la movilización de personas, para éstas, no está demostrada, ni supuesta su demostración, podría admitirse como argumento en contra de la norma administrativa que se revisa.

Sí están fundamentados en palpables razones de fácil comprobación diaria los motivos que tuviera el autor del acto demandado para establecer semejante restricción, que es simplemente sistematizadora de ese especial servicio y que debe entenderse con el alcance exclusivo a la simultaneidad de carga y pasajeros en los vehículos destinados solamente a aquella.

El mismo folleto autenticado donde aparece publicada la Resolución que se revisa, contiene las disposiciones corrientes, sobre circulación urbana, y allí se hallan muchas que contienen restricciones semejantes a la estudiada, sin que se haya llegado a insinuar que alguna de ellas viole derechos adquiridos, o quebrante algún precepto constitucional o legal.

El derecho social de inspección tiene en la Resolución que se estudia su propia virtualidad; ya que son, por mandato de la Constitución, todas las autoridades de la República las que están encargadas de ejercerlo como instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales. Ese respeto recíproco significa el cumplimiento de todos los deberes, dado que no puede haber reciprocidad para el derecho, sin el deber correlativo.

La sentencia acoge en buena parte las razones expuestas por el Personero Municipal de Bogotá en memorial visible a fojas 10 a 13 del cuaderno principal.

Y sin más consideraciones, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con la opinión del señor Fiscal, revoca la sentencia apelada y en su lugar declara que no es nula la Resolución demandada...».

Félix Cortés, Pedro Martín Quiñones, Nicasio Anzola, Sergio A. Burbano, Junio E. Cancino, Pedro A. Gómez Naranjo, Pedro Alejo Rodríguez.

TARIFAS DE LOS COMISIONISTAS DE TRANSPORTES

El Gobierno Nacional carece de competencia para establecerlas en forma unilateral, su facultad es solo para aprobar o improbar las que se le sometan a su estudio

17 de marzo de 1942

Radicación: CE-EXP1942-03-17

...«No es el caso de entrar a hacer un estudio a fondo acerca de las disposiciones del Decreto 1976 de 1940, que es el que ha impuesto la obligación de someter las tarifas de los comisionistas a la revisión del Gobierno, por no estar sub judice; mas como el señor Fiscal de la corporación para sostener la legalidad del Decreto materia de la acusación se remite a las tesis expuestas por da honorable Corte Suprema de Justicia cuando hubo de estudiar las disposiciones del Decreto 985 de 1927, que impuso a los comisionistas de transportes las mismas obligaciones que el Decreto 635 de 1941, es pertinente hacer al respecto algunas observaciones.

Dijo la Corte lo siguiente:

“Hay otro aspecto por el cual se considera violado el artículo 44 de la Carta Fundamental y los Actos legislativos número 1° de 1918 y 1921, y es el de que los citados textos, después de amparar la libertad de industria, establecen taxativamente ciertas restricciones a esa libertad, entre las cuales no se cuenta la facultad de que hace uso el Gobierno en el artículo 1° al prescribir que los comisionistas de transportes están en la obligación de presentar a la revisión y aprobación del Gobierno las tarifas y reglamentos que adopten o quieran adoptar y que dichas tarifas no podrán regir sin tal aprobación.”

Y agrega:

“El Gobierno, en los considerandos del Decreto, apoya las disposiciones de éste, relativas a la revisión de las tarifas y reglamentos de los comisionistas de transporte en motivos de orden legal, que expone de la siguiente manera:

‘Que el artículo 434 del Código de Comercio hace extensivas a los comisionistas de transporte las disposiciones contenidas en el artículo 5° del mismo Código.

‘Que el Título 5° de dicho Libro, artículo 318, dice que los empresarios públicos de conducciones —y de acuerdo con el artículo 434, los comisionistas de transportes— están sujetos a los reglamentos que se dicten para regularizar el ejercicio de su industria, determinar sus relaciones con el Gobierno y los particulares, etc.

‘Que el artículo 318 en cuestión fue adicionado por la Ley 4ª de 1907, la cual dispone la inspección del Poder Ejecutivo sobre todas las empresas públicas de conducciones o transportes, y, además, que las tarifas y reglamentos de éstas se someterán a la aprobación del Gobierno, sin la cual no pueden regir, disposiciones aplicables también a los comisionistas de transportes, según el artículo citado del Código de Comercio.’

“La Corte considera que según el artículo 434 del Código de Comercio, las disposiciones contenidas en el artículo 59 de dicho Código, que reglamentan los derechos y obligaciones de los empresarios de transportes, son obligatorias a los comisionistas de transportes, y por tanto las modificaciones hechas a dicho Título por leyes posteriores comprenden también en la parte pertinente a los comisionistas de transporte,”

Como se ve, por lo transcrito, la Corte Suprema acogió en un todo, como fundamento de su fallo, los considerandos del Decreto acusado, puesto que los incorporó en él después de encontrarlos inobjetables, ya que los llama motivos de orden legal. Pero olvidó la honorable Corte que ella misma, en sentencia proferida el día veintitrés de junio de mil novecientos trece había declarado inexecutable el artículo 5° de la Ley 4ª de 1907, que imponía a las empresas públicas de transportes la obligación de someter a la revisión del Gobierno sus tarifas y reglamentos, lo que hizo necesaria la expedición del Acto legislativo número 19 de 1918, para que el propio legislador pudiera ordenar tales revisión y fiscalización. A esa sentencia pertenecen los siguientes párrafos:

“Establecer una disposición legal que las tarifas de las empresas públicas de conducciones han de someterse a la aprobación del Ministerio de Obras Públicas y que no pueden regir sin ella, es, como lo dice muy bien el Procurador General, atentar contra la libertad de industria, garantizada expresamente, por el artículo de la Constitución que se ha citado. Y no justifica el mandato contenido en el artículo 59 de la Ley 4ª de 1907, que ha sido tachado, el que se diga en él que la revisión de las tarifas tiene por objeto impedir que las empresas de conducciones excedan los límites

«de la equidad y conveniencia públicas, porque como ya se ha visto, el derecho de inspección de las industrias que la Constitución confiere a las autoridades, se refiere únicamente a la moralidad, seguridad y salubridad públicas, y en ninguno de estos casos se halla la fijación de tarifas de que trata el mencionado artículo.

“Estas observaciones, continúa la honorable Corte, bastan a demostrar la inconstitucionalidad del artículo 5° denunciado, sin que haya necesidad de entrar a hacer las comparaciones de él con los otros de la Carta que también se consideran violados.”

Con respecto a las disposiciones de otros artículos de la misma Ley, de menor alcance que el 5°, declarado inexecutable, dijo también la honorable Corte:

“Acerca de los artículos 19, 69 y 79 de la misma Ley 4ª de 1907, que han sido tachados de ser contrarios a los artículos 31, 44 y 63 y ordinales 99 y 10 de la Constitución por Luis Forero Rubio, se observa que ellos son exequibles, porque sólo tienen por objeto hacer cumplir lo dispuesto en el artículo 318 del Código de Comercio, que dice, refiriéndose a los empresarios públicos de transportes: ‘Ellos estarán, además, sujetos a los reglamentos que se dictaren para regularizar el ejercicio de su industria, determinar sus relaciones con el Gobierno y los particulares, evitar los accidentes que comprometan la vida de los pasajeros y consultar la conservación de los caminos públicos.

“Lo que se prescribe en los artículos 1°, 6° y 7° de la Ley 4ª de 1907 bien puede ser materia de un decreto reglamentario, y si esto es así, como evidentemente lo es, mal puede hacerlos nulos la mayor solemnidad que se les imprima convirtiéndolos en preceptos legales.”

La Corte Suprema, en la sentencia de que se ha hecho mérito, hizo una interesante distinción cuando le dio importancia especial a lo relativo a fiscalización y revisión de tarifas, declarando la inexecutable del artículo 5° de la Ley 4ª de 1907, porque consideró que no se trataba de materia de tan poca entidad que pudiera asimilarse a aquellas que pueden ser materia de reglamentos y a que se refiere el artículo 318 del Código de Comercio, que se dice adicionado por las leyes emitidas, ya con facultad constitucional, desde el año de 1918 en adelante. De suerte que si es tan delicada la cuestión atinente a la intervención del Gobierno sobre la industria de los transportes, hasta el punto de que fue necesaria la expedición de actos legislativos reformativos de la Constitución para que el legislador pudiera ocuparse de tan importante materia, no se alcanza fácilmente la razón para que por

medio de un decreto que no tiene el propósito de reglamentar la ley, puesto que es simplemente ejecutivo, se imponga una obligación de esta suerte.

En el auto que decretó la suspensión provisional del Decreto acusado se dijo lo siguiente, en relación con el problema, y que es pertinente reproducir aquí:

“Las disposiciones contenidas en el Título 5° del Código de Comercio son obligatorias para los comisionistas de transportes, dice el artículo 434 de tal obra; pero ello en ningún modo puede implicar identidad entre éstos y los empresarios de transportes para todos los efectos legales, y que, en consecuencia, cada vez que la ley hable de unos debe entenderse que cobija a los otros. Las actividades que realizan unos y otros son enteramente distintas, y la misma definición que hace el Código de Comercio en los artículos 271 y 425 de empresarios de transportes y de comisionistas, indica que no pueden confundirse.

“El comisionista trata con el empresario de conducciones el transporte, generalmente, por cuenta ajena; el empresario es quien efectúa el transporte de las mercancías, esto es, el porteador, cuyas tarifas sí deben ser revisadas por el Gobierno. Las leyes obligan a las empresas de transportes a mantener en actividad sus vehículos y a efectuar el despacho de la carga por tornos rigurosos, mediante «ciertas sanciones especiales. Los comisionistas mal podrían estar sometidos a estas condiciones desde luego que no tienen vehículos, ni turnos, sencillamente porque no hacen el transporte directamente, sino por medio de empresarios públicos de conducciones.

“La razón que tuvo el legislador para expedir disposiciones como las que se comentan fue especialmente la de que no sería justo que haciendo uso tales empresas de las vías públicas (camino, carreteras, ríos navegables, etc.), cuyo sostenimiento está a cargo del Estado, pudieran estas fijar libremente sus tarifas, a veces con menoscabo de los intereses de la comunidad, fuera de los límites «de la equidad y conveniencia pública, de que habla la ley. Pero es evidente que esa fijación de tarifas no puede hacerse en forma unilateral, puesto que ha obligación impuesta a las empresas es la de someter aquéllas a la aprobación del Gobierno; de suerte que en cada caso éste, estudiadas las circunstancias y mediante la respectiva resolución aprueba las tarifas, sin excluir desde luego la discusión de ellas con los interesados. Por lo cual resulta ‘improcedente que por medio de un decreto, de carácter general, se dicte una medida que cobija no solamente a quienes han sometido sus tarifas de comisionistas a la aprobación del Gobierno, sino también a quienes no lo han hecho.’”

Pero como se ha dicho, no estando sub judice el Decreto 1976 de 1940, huelgan estas consideraciones y debe entrarse a considerar únicamente lo relativo al Decreto 635 de 1941, sobre cuya legalidad debe recaer el presente fallo.

De la lectura de las actas de la Comisión de Tarifas Férreas, Fluviales y Terrestres, en las cuales aparece el proceso que antecedió a la expedición del Decreto acusado, aparece que se adoptaron tarifas uniformes para todos los comisionistas de transportes, sin distinción alguna.

Dando por sentada la obligación de los comisionistas de someter a la aprobación del Gobierno sus tarifas y reglamentos, por extensión de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 53 de 1918 para los empresarios públicos de transportes, debe observarse que la facultad del Gobierno en la materia es únicamente la de aprobar o improbar las que se le sometan: pero en ningún «caso tiene la de hacer el señalamiento de tales tarifas en forma unilateral. Dice el artículo 19 de la Ley 53 de 1918:

“Las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de conducciones deben ser sometidas a la aprobación del Gobierno, y no podrán regir sin ella. La aprobación tiene por objeto impedir que aun aquellas empresas que por contrato u otro título cualquiera puedan fijar libremente sus tarifas, excedan los límites de la equidad y conveniencia públicas.”

Y el artículo 19 de la Ley 98 de 1927, que creó la Comisión de Tarifas Ferroviarias y Fluviales, le confiere, entre otras atribuciones, las siguientes:

“d) Dar concepto al Gobierno sobre las tarifas que las entidades públicas y privadas deben someter a la aprobación del Gobierno, de acuerdo con la ley; y

“e) Aprobar o improbar las tarifas que presenten para su aprobación, de acuerdo con las leyes existentes sobre la materia, las compañías de transportes fluviales.”

El Decreto ley 485 de 1940 (marzo 8), dijo en su artículo 2°:

“La Comisión de Tarifas Férreas, Fluviales y Terrestres tendrá como función principal la de estudiar y someter a la aprobación del Gobierno las tarifas y reglamentos e itinerarios y sus modificaciones, que las empresas públicas de transportes férreos, fluviales y terrestres por vehículos automotores sometan, por su conducto, a la aprobación del Gobierno.”

Resulta de las disposiciones transcritas que la Comisión de Tarifas solamente tuvo la facultad de aprobar o improbar tarifas de las compañías de transportes fluviales, de conformidad con el ordinal e) del artículo 19 de la Ley 98 de 1927. Pero en virtud de lo dispuesto por el Decreto ley 485 de 1940, la función principal de dicha Comisión quedó reducida a estudiar y someter a la aprobación del Gobierno las tarifas que, por su conducto,

sometan las empresas públicas de transportes férreos, fluviales y terrestres por vehículos automotores. Esto es, que su actividad se debe concretar a hacer el estudio correspondiente de las tarifas que se le sometan, y luego servir de vehículo para que las tarifas vayan a la aprobación o improbación del Gobierno. Pero en parte alguna existe la facultad de obrar como lo ha hecho al aprobar la proposición de que se da cuenta en el acta número 42, correspondiente al día cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, en la cual no solamente hace un verdadero señalamiento de tarifas, sino expresa que tales tarifas son de obligatorio cumplimiento para todos los comisionistas de transportes.

Ni el mismo Gobierno puede, en concepto de esta corporación, fijar tarifas, en ejercicio de la facultad de revisión y fiscalización que la ley le confiere en determinados casos. Así lo ha sostenido en reciente fallo relativo a tarifas del alumbrado eléctrico de la ciudad de Pamplona, proferido con fecha 16 de abril de 1941, en los siguientes términos:

“En cuanto al señalamiento de tarifas que contiene el numeral 3º, el Consejo considera que en realidad no está el Gobierno facultado para esa actividad. Es bien sabido que en esa materia ha habido prolongadas discusiones, pues desde la expedición de la Ley 53 de 1918, que desarrolló el Acto legislativo de ese mismo año, haciendo obligatoria la revisión de las tarifas de las empresas públicas de conducciones, viene siendo de ocurrencia frecuente el sometimiento de las tarifas al estudio del Gobierno, para su aprobación o rechazo. Pero nada autoriza para sostener que el Gobierno puede unilateralmente hacer la fijación de las tarifas respectivas. Lo que el legislador ha querido es que ellas se ajusten a ciertos términos, que no excedan los límites de la equidad y conveniencia públicas; pero para este efecto es preciso que la respectiva empresa produzca ante el Gobierno su tarifa y explique la razón de ella, y sólo sobre la base de su presentación y el consiguiente estudio pueda el Gobierno determinar si las acepta o rechaza. Es sin duda una cuestión de modus operandi que, en definitiva, lleva a un señalamiento indirecto por parte de la Administración; pero todo ello mediante un procedimiento que podría llamarse de estudio bilateral de las cuestiones o circunstancias que afectan en cada caso el problema”.

En este orden de ideas resulta inaceptable que la aprobación de las tarifas de comisionistas de transportes y de agentes de aduana, que en concepto del Consejo no tienen por qué asimilarse a aquellos, puesto que realizan muy distintas actividades, se haga por medio de un decreto, de carácter general, que cobija a todos los comisionistas; a quienes presentaron tarifas y aceptaron los puntos de vista de la Comisión que las estudió como a quienes les fueron rechazadas las presentadas, lo mismo que a quienes no

sometieron al estudio de esa entidad tarifas de ninguna clase. En lo cual el Gobierno no procedió como lo ha hecho en lo relativo a las empresas públicas de transportes, cuyas tarifas han sido aprobadas por medio de resoluciones ejecutivas, según las condiciones especiales de cada una de ellas, en forma individualizada, como es lo acertado y conveniente. No es, pues, en sentir del Consejo, materia de un decreto la aprobación de tarifas de comisionistas de transportes y agentes de aduana, porque siendo, como es éste, una orden de carácter general, equivale a un señalamiento de tarifas, cosa para lo cual no está autorizado por ley alguna el Órgano Ejecutivo...».

*Tulio Enrique Tascan, Diógenes Sepúlveda Mejía, Antonio Escobar Camargo,
Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas,
Gustavo Hernández Rodríguez, Carlos Rivadeneira G.*

V. AUXILIOS O DONACIONES

AUXILIOS O DONACIONES

Está prohibido que las ramas y órganos del poder público decreten auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado

26 de febrero de 1993

Radicación: CE-SEC1-EXP1993-N2073

...«La censura se concreta en que mediante el artículo 1º del Decreto impugnado se hace una interpretación incorrecta del inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Nacional aduciendo los accionantes que no puede haber compromisos de carácter benéfico con entes privados sin ánimo de lucro, ni pueden éstos recibir dineros del erario sino a título oneroso o conmutativo.

No cabe duda de que el artículo 355 de la Carta regula dos situaciones diferentes: en el primer inciso se consagra la prohibición absoluta para las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, es decir, que se transfieren, sin contraprestación alguna, en forma gratuita a personas de derecho privado de cualquier naturaleza. En el segundo, se autoriza al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, a celebrar contratos utilizando recursos públicos, con entidades privadas sin ánimo de lucro, pero con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, lo cual excluye el carácter de gratuito de los mismos, pues el contratista que debe ser de reconocida idoneidad, asume la obligación de impulsar los referidos programas en una especie de colaboración con la gestión de las actividades estatales que se contengan en los aludidos planes.

El artículo 1º del Decreto 777 de 1992 lo que hace es reglamentar aquella previsión constitucional al establecer que los contratos que así se llevan a cabo deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, pero salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983, sin que pueda pensarse válidamente que por establecerse estas condiciones desaparezca la consistente en que los contratos a más de tener como meta el impulsar programas y actividades de interés público, como así lo reitera la disposición demandada, éstos deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, como lo exige el citado texto constitucional, así esta última circunstancia no la contemple el estatuto reglamentario, pero sin que tal omisión pueda considerarse como que quebranta la norma superior.

Aquí es oportuno traer a colación un aparte del auto de 12 de noviembre de 1992 en el que con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez, en el expediente 2138, con ocasión de la acción de nulidad incoada por Hernán Darío Vergara y otros contra el artículo 3º del mismo Decreto 777 de 1992, esta Sección consignó:

“Por lo demás, la Sala reitera lo dicho sobre el alcance del poder o facultad concedido al Gobierno en la parte in fine del inciso segundo del artículo 355 de la Carta: esta potestad es para reglamentar la materia relativa a la contratación (formas, procedimientos, modalidades, requisitos, etc.), con observancia de los preceptos constitucionales, lo que indica que no puede llegar la normatividad reglamentaria hasta el extremo de impedir la obligatoriedad de aquéllos, la intervención de los organismos competentes en la elaboración o en la expedición del Plan Nacional de Inversiones, o el no sometimiento del actual Gobierno, en el resto de su período constitucional, a la misma normatividad mediante el mecanismo de obtener el consentimiento o bendición de una Comisión o Consejo compuesta fundamentalmente por servidores públicos integrantes del propia Gobierno”

En suma, la contraprestación y condiciones que contempla el inciso 2º del artículo 355 de la Carta, a las que debe someterse el contratista, ente privado sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, no se desconoce el artículo 1º del Decreto 777 de 1992; y esas características antes que eliminar el carácter oneroso del contrato, lo confirman.

En relación con el argumento de que los auxilios ordenados o decretados por el Congreso en 1990 y no ejecutados y pagados aún, no pueden

efectuarse por mandato del artículo 9º de la Ley 153 de 1887, es reflexiva que no encuadra ni guarda relación lógica con las pretensiones y cargos deducidos en la demanda.

En cuanto a que, como lo expresan los actores «en este orden de ideas, no puede autorizarse y menos pagarse los auxilios a través de contratos como lo pretenden los artículos 1º y 2º del Decreto atacado, y menos dilapidarse el presupuesto de 1991, como lo ordena el decreto en comentario», tal manifestación constituye simplemente una petición de principio, al considerar o dar por sentado que los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Carta y a los cuales se refiere el artículo 1º del decreto acusado respetando sus condiciones, son de carácter gratuito, índole que ya ha sido desvirtuada en los párrafos precedentes.

Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición...».

*Miguel González Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

AUXILIOS O DONACIONES

La beca de enseñanza universitaria no tiene el carácter de auxilio ni donación

23 de julio de 2015

Radicación: 25000-23-24-000-2007-00391-01

...«[L]as becas no corresponden a una donación ni a un auxilio, dado que su otorgamiento responde al cumplimiento de un deber constitucional legítimo relacionado con la promoción de la educación en todos los niveles y ello habilita al Estado en la posibilidad de financiar un programa académico por medio de incentivos, estímulos o ayudas económicas destinadas a personas que cumplan con las condiciones que prevea el acto que la conceda. Es importante precisar que quien se beneficie de tal subvención se encuentra vinculado por el cumplimiento de las exigencias que para su otorgamiento y conservación determine la autoridad administrativa.

Ahora, tendrá que determinarse en cada caso si el subsidio concedido responde a tales características o si por el contrario, se encuadra dentro de los conceptos de auxilio y donaciones de que habla el artículo 355 Constitución Política.

9.3.2.- Aplicación al caso concreto

9.3.2.1.- El anterior discernimiento debe entenderse en las condiciones propias de la creación del estímulo académico que se controvierte, de modo que pueda valorarse su razonabilidad y objetividad ara lo cual resulta indispensable acudir a los derroteros que trazó la Corte Constitucional en la Sentencia C-324 de 2009 que se anotaron en el anterior acápite.

En atención al principio presupuestal de legalidad del gasto y a lo previsto en los artículos 345 y 346 de la Constitución Política, la beca fue creada por el ente público competente, es decir, por el Concejo Municipal de Anapoima mediante Acuerdo No. 026 de 1990 en el cual se determinaron de manera concreta y explícita la finalidad, destinatario, alcances materiales y temporales, las condiciones y criterios de asignación y su publicidad. El

artículo 2º del acto enunciado desarrolla tales requerimientos condicionando el otorgamiento de la beca a circunstancias como un límite de edad, promedio de calificaciones, aprobación de la totalidad de las materias del pensum en cada semestre, y la permanencia en la misma universidad, salvo que el cambio de alma mater implique un costo inferior en la matrícula.

Para mayor claridad se transcribirá nuevamente el citado artículo segundo:

“ARTÍCULO SEGUNDO.- estos estudios se efectuaran en cualquier universidad aprobada en Colombia, al terminar el beneficiado sus estudios primarios y secundarios, siempre y cuando de cumplimiento a las siguientes condiciones:

a.- haber cumplido el beneficiado 19 años de edad máximo.

b.- conservar durante todos los semestres universitarios un promedio de calificación de 3.9 o su equivalente en el momento académico respectivo.

c.- aprobar la totalidad de materias correspondientes al pensum de cada semestre. No podrá aplazar, reprobar o diferir ninguna materia.

d.- deberá permanecer en la misma universidad desde la iniciación hasta la terminación de estudios y permanecer igualmente en la carrera seleccionada.

Solo se acepta la posibilidad de cambiar de universidad para la misma carrera si las condiciones económicas fueran favorables al municipio, se entiende, de más bajo costo el respectivo semestre.”

De la lectura de la citada disposición se observa que la obtención de la beca no tenía vocación de permanencia, pues como se indicó, está sujeta al cumplimiento de unos requisitos concretos que hacen que no se circunscriba en los conceptos descritos en el artículo 355 de la Carta Suprema.

La beca ordenada en el Acuerdo No. 026 de 1990 por el Concejo Municipal de Anapoima respondía a un criterio objetivo en la medida en que para los Cabildantes de la época era importante que se inaugurara un Centro de Salud Materno Infantil que permitiera atender en esta especialidad médica las necesidades de sus pobladores.

En efecto, para hacer visible tal labor dispusieron de un reconocimiento académico para el primer niño o niña que naciera en dicho centro. Nótese como no existía la intención de privilegiar una persona determinada, sino de realzar o engrandecer o hacer sentir a la comunidad parte de ese nuevo centro de salud.

9.3.2.2.- También resulta importante resaltar como argumento adicional que la parte actora sujetó las solicitudes de otorgamiento de la beca a lo dispuesto en el Acuerdo 026 de 1990, y en esa medida no tenía motivos para desconfiar de la validez de la disposición dictada por el Concejo Municipal de Anapoima, pues se trataba de una disposición proferida por una Corporación Pública que representaba la voluntad e interés general de ese ente territorial, revestida de la institucionalidad propia de ese tipo de órganos estatales, lo cual hacía que los demandantes tuviesen plenos y fundados motivos para confiar en la legitimidad y validez de la beca estudiantil que se concedía.

Lo dicho se traduce en la aplicación al caso del principio de confianza legítima en los términos que ésta Sala ha reconocido, a saber:

“De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina nacional, para poder dar aplicación al principio de confianza legítima, es preciso que a partir de las acciones, omisiones o declaraciones de las propias autoridades, se hayan generado unas expectativas ciertas lo suficientemente razonables y fundadas, capaces de inducir al administrado a tomar algunas decisiones, a asumir ciertas posturas o a realizar determinados comportamientos, amparado en la situación de confianza propiciada por el Estado, y que posteriormente resulta defraudada de manera sorpresiva e inesperada por parte de las autoridades, incurriendo en un desconocimiento inadmisibles de sus deberes de lealtad y coherencia.”

Todo lo dicho hasta ahora permite indicar que independientemente del régimen constitucional en el que nos encontremos, es decir, el de la Constitución de 1886 o del 1991, la beca otorgada mediante el Acuerdo No. 026 de 1990 no es un auxilio ni una donación, y entonces la razón aducida por el ente territorial demandado para negarse a otorgar tal beca a David Nicolás García Garay carece de sustento jurídico.

En tal orden, para la Sala resulta acertada la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando declaró la nulidad de los Oficios proferidos por el Municipio de Anapoima calendados el 2 de abril de 2007 y el 23 de mayo de ese mismo año, y en consecuencia tendrá que confirmar la providencia del 2 de junio de 2011.

En lo que hace al restablecimiento del derecho se ordena al Municipio pagar los valores que por concepto de matrícula universitaria haya cancelado David Nicolás García Garay siempre que se den las condiciones que impuso el Acuerdo No. 026 de 1990, sin que en ningún caso deba la parte actora devolver suma alguna al ente territorial.”...

**María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala.**

VI. BIENES DE INTERÉS GENERAL

ISLAS DEL ROSARIO

Por ser baldíos de la Nación y tener el carácter de reservas territoriales no enajenables, le está vedado al alcalde de Cartagena interferir, impedir, restringir o perturbar el derecho patrimonial de la Nación

13 de octubre de 1989

Radicación: CE-SEC1-EXP1989-N805

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

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

Sobre el particular considera la Sala lo siguiente:

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

No es aplicable esta norma al caso sub lite ya que al adscribir el decreto cuestionado el archipiélago de las Islas del Rosario al perímetro urbano de Cartagena bajo ningún respecto está creando régimen alguno fiscal ni de índole administrativo, ni estímulos económicos, culturales o sociales especiales. No se está en efecto proveyendo en forma particular para el mentado archipiélago.

2. Sostiene el demandante que el acto acusado desconoce el artículo 878 del anterior Código Fiscal (Ley 106 de 1873), los artículos 45 literal b) y 107 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal Nacional vigente) de conformidad con

los cuales los inmuebles objeto de la demanda tienen el carácter de baldíos y constituyen reserva territorial del Estado, todo lo cual encuentra respaldo en las Resoluciones 11710 de 17 de junio de 1968 y 4698 de 27 de septiembre de 1984, ambas del Gerente General del Instituto Colombiano de Reforma Agraria. Esta última hace la declaración en tal sentido. Se observa:

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

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

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

A su vez el artículo 44 ibídem dice que *“, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56”*. El artículo 107 literal a) ibídem reza así:

“Constituyen reserva territorial del Estado y no son enajenables:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARCHIPIÉLAGO DE LOS MONJES

La nota que la Cancillería Colombiana dirigió al Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela, en la cual se declara no objetar la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes, no es susceptible de control judicial

28 de enero de 1976

Radicación CE-SEC1-EXP1976-01-28

...«En el caso sub judice se pretende la nulidad de la nota que la Cancillería Colombiana dirigió al Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Venezuela el 22 de noviembre, en la cual se declara no objetar la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela sobre el archipiélago de los Monjes. Es indiscutible que ese acto gubernamental corresponde al ejercicio de la función pública atribuida al Gobierno por el numeral 20 del artículo 120 y que según quedó establecido anteriormente, no tiene carácter administrativo; luego la pretensión de nulidad vinculada a ese acto no puede ser actuada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo.

Todas las normas atributivas de competencia en materia contencioso administrativa están estructuradas sobre el supuesto de que las respectivas pretensiones tengan relación directa e indirecta con actos del poder público que no trasciendan el ámbito del derecho interno de Colombia, por la razón muy obvia de que los órganos que integran esta jurisdicción son de derecho interno y no de derecho internacional. El Consejo de Estado, instituido en la Constitución Nacional como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (artículo 141), es un órgano “con jurisdicción en todo el territorio de la República” según lo precisa el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, lo cual significa que es un tribunal de derecho público interno, sin competencia para conocer de pretensiones que excedan ese ámbito territorial, en cuanto en ellas esté involucrado el interés político de otro Estado.

En los artículos 62 a 73 del Código Contencioso Administrativo se describen los actos que pueden dar lugar a pretensiones contencioso administrativas, tales como decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los ministros y demás funcionarios empleados o personas administrativas del orden nacional, las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales, los decretos, resoluciones y otros actos de los gobernadores y demás autoridades o entidades del orden departamental, los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios, los acuerdos y otros actos de los concejos municipales y los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal. En toda esta larga enumeración está implícito que tales actos pertenezcan a la órbita del derecho público interno de Colombia y que, por lo mismo, no trasciendan a la esfera jurídico política de otro Estado pues la controversia que en esta última hipótesis se planteara tendría un carácter internacional, por el enfrentamiento de pretensiones entre dos personas jurídicas de derecho internacional.

La Sala ha examinado muy juiciosa y detenidamente las razones que ya en ocasión anterior se adujeron en este mismo proceso para sustentar, de una parte, la incompetencia del Consejo de Estado y, de otra, su competencia para conocer del acto que ha sido materia de la pretensión de nulidad y ha llegado a la conclusión de que para alcanzar la solución que se ajuste a nuestras instituciones jurídicas, no debe condicionarse la materia del análisis a la existencia o inexistencia de un vínculo jurídico entre Colombia o Venezuela, ya sea bajo la forma de un tratado o la de un acuerdo de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia internacionales convienen en denominar “acuerdos en forma simplificada”. La Sala considera que no es pertinente ni conducente a la resolución que adopte, la premisa de la existencia de un vínculo contractual entre Colombia y Venezuela. Que el canje de notas sea constitutivo o no de un convenio internacional, o que se trate de un simple acto unilateral del Estado colombiano o de un negocio jurídico unilateral según denominación de Alfredo Verdross en su “Derecho internacional público” (Biblioteca jurídica Aguilar, 1974, Pág. 103) o de un acto diplomático unilateral o bilateral según la denominación de L. A. y Podestá Costa (“Derecho internacional público” B. A. 1960 N° 170) ello sería cuestión que le incumbiría definir a un tribunal internacional, en el caso de plantearse una controversia que no pudiera decidirse por las vías del arreglo directo. Igualmente, correspondería a un tribunal internacional, declarar la validez o invalidez de tal acto, ya sea unilateral o bilateral, en el caso de aducirse un vicio que pudiera afectar el consentimiento o la voluntad expresada, o una

irregularidad en la forma de su expedición, o una falta de competencia del órgano, susceptibles de engendrar una nulidad. Sólo una decisión emanada de un órgano jurisdiccional que tuviera ese carácter, gozaría de la suficiente eficacia jurídica para vincular a las partes en discrepancia.

Es indiscutible que de conformidad con la Constitución política colombiana, corresponde al Presidente de la República dirigir como Jefe del Estado todo lo atinente a las relaciones internacionales del país. Por consiguiente ningún otro funcionario o entidad tiene facultad, para expedir actos que tengan que ver con tales relaciones; pero la calificación de su legitimidad no le corresponde, como queda dicho, a la jurisdicción contencioso administrativa. De todos modos no sobra registrar ahora algo que constituye un principio generalmente admitido en el derecho internacional: que para la validez de un acto unilateral o bilateral de un Estado, es menester que tal acto sea proferido conforme a las normas sobre competencia, contenidas en el derecho interno del país o países de que se trate (Oppenheim y Lauter Pecht "Derecho internacional público", T. I. Vol. 2º Nos. 343, 344, 497, 509 A; Vischer "Teorías y realidades en derecho internacional", Págs. 274 a 276, Edit. Bosch, Barcelona 1962 y L. A. Podestá Costa "Derecho internacional público", T. I, 173 y 175; Charles Rosseau "Derecho internacional público" Edic. Ariel Barcelona, 3º Edic. española, N° 32, Pág. 27, 1965, entre otros).

La falta de competencia legal del Consejo se hace aún más patente frente a la circunstancia de que en la actualidad se desarrollan negociaciones directas entre los Gobiernos de Colombia y de Venezuela, en las cuales está involucrada la materia a que se refiere el acto cuya nulidad se pretende y que eventualmente pueden culminar en un acuerdo, o dar lugar al empleo de los mecanismos que prevé el derecho internacional para la solución pacífica de las controversias entre los Estados, una de las cuales podría ser la decisión de un tribunal internacional.

No le corresponde, pues, al Consejo de Estado colombiano definir cuál sea la naturaleza del negocio jurídico a que haya dado lugar la nota de Colombia, ni menos aún apreciar si ella está o no viciada de nulidad. Para el sólo efecto de su competencia en relación con la pretensión formulada, le basta a esta corporación precisar que el acto, por su contenido mismo, desborda el ámbito del derecho público interno de Colombia y que se expidió en ejercicio de una competencia constitucional de carácter político y no de naturaleza administrativa, por lo cual la pretensión que contra él se formule no puede engendrar un proceso contencioso administrativo que deba ser decidido por esta jurisdicción especial, al tenor de lo previsto en

los artículos 120 numeral 20 de la Constitución Nacional, 20 del Decreto 528 de 1964 y demás disposiciones del mismo decreto artículos 30 a 39). de los artículos 32 a 37, 52 a 58 y 62 a 71 del Código Contencioso Administrativo que desarrollan la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos, consignada en los artículos 141, 154 y 216, Constitución Nacional...».

*Álvaro Pérez Vives, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla,
Humberto Mora Osejo (Con salvamento de voto).*

ARCHIPIÉLAGO DE LOS MONJES

Las decisiones que incidan en los límites de la República de Colombia y, por tanto, en el territorio y la soberanía de la misma, competen en forma privativa al Presidente de la República

23 de octubre de 1992

Radicación: CE-SEC1-EXP1992-N325

...«Señala el artículo 3o. de la Constitución de 1886, modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1936, vigente en la época en que se expidió el acto acusado:

“Son límites de Colombia con las naciones vecinas los siguientes:

Con Venezuela, los definidos en el Laudo Arbitral pronunciado por el gobierno del Rey de España, el 16 de marzo de 1891...”

...“Las líneas divisorias de la república con las naciones limitrofes, sólo podrán variarse en virtud de tratados públicos, debidamente aprobados por el Congreso”.

Como quiera que la norma transcrita, se remite al Laudo Arbitral del Rey de España de 16 de marzo de 1891, es preciso estudiar su contenido y alcance. En dicho laudo, para efectos de los límites con la República de Venezuela, se establece en una de sus considerandos:

“...Resultando que los territorios en litigio forman una ancha zona, que partiendo más al Norte de los 12° de latitud en la península de Guajira (sic), llega poco más de un grado distante del Ecuador a la Piedra del Cocuy, y puede para los efectos de la demarcación considerarse dividida en seis secciones, a saber: 1a. La Goajira (sic); 2a. línea de la Sierras de Perijá y de Motilones; 3a., San Faustino; 4a. línea de la serranía de Tamá; 5a. línea del Sarare, Arauca y Meta; y 6a., línea del Orinoco y Río Negro...” .

Posteriormente al determinar en la sección 1a. la línea de frontera en litigio entre la república de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela, dispuso:

“Desde los Mogotes llamados los Frailes, tomando por punto de partida el más inmediato a Juyachi en derechura a la línea que divide el valle de Upar de la provincia de Maracaibo y Río de la Hacha por el lado de arriba de los montes de Oca, debiendo servir de precisos linderos los términos de los referidos montes, por el laudo de Valledupar y el Mogote de Juyachi por el lado de la Serranía y orillas de la mar...”

De lo anterior resulta que por parte alguna en los considerandos del laudo se hace mención a los islotes, es decir, a la parte insular del territorio, sino que el objeto del mismo fue sólo la parte continental. Así, en la sección la., cuando se refiere a “orillas de la mar”, está significando que el punto de partida de la línea terrestre termina en el litoral, dividiendo el territorio en su parte continental.

Si como ya se dijo, el laudo en referencia no abordó los fenómenos insulares, cuando en la nota diplomática acusada se expresa que: “... el gobierno de Colombia declara que no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el archipiélago de los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o de cualquier acto de dominio por parte de este país sobre el archipiélago en referencia”, se está arrogando atribuciones que corresponden a otras autoridades.

En efecto, la aludida nota se está refiriendo a un aspecto que tiene que ver con la soberanía en el archipiélago de los Monjes, lo cual implica adoptar una decisión en materia de relaciones internacionales con incidencia en los límites de la República de Colombia y por tal razón en el territorio y la soberanía de la misma. Esta decisión compete en forma privativa al presidente de la república, por ser el encargado de dirigir las relaciones diplomáticas y de celebrar tratados o convenios internacionales referentes a límites (artículo 120 ordinal 20, de la Constitución de 1886), y al Congreso por corresponderle la aprobación de estos (artículo 76 ordinal 18 *ibidem*). La transgresión de los preceptos anotados justifica la declaratoria de nulidad de la nota acusada...».

**Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.**

BIENES DE USO PÚBLICO

Pueden ser dados en arrendamiento o administración

11 de noviembre de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5286

...«[E]l cargo de violación atribuido al decreto acusado radica en que el Presidente de la República desbordó la potestad reglamentaria de la cual se encuentra investido a través del artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, en la medida de que permite que los bienes de uso público, esto es, aquéllos cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio puedan ser dados en arrendamiento, lo cual, a juicio de la parte actora y de la coadyuvante, teniendo en cuenta la norma reglamentada, solo es predicable respecto de los bienes fiscales, es decir, de aquéllos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

Sobre el particular, esta Corporación considera que no les asiste razón a la parte actora y a la coadyuvante de la demanda, pues ni del texto de la norma reglamentada, ni del de la norma reglamentaria, se desprende que respecto de los bienes que pueden ser dados en arrendamiento o administración para ser destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte incluyan los bienes de uso público, ya que de acuerdo con las mismas, los bienes que para tales efectos se pueden destinar son los bienes fiscales.

En consecuencia, al consagrar el decreto demandado que para los fines del artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 se pueden entregar en arrendamiento o administración bienes de su propiedad, refiriéndose al Distrito y a sus entidades descentralizadas, no desborda el marco de la norma que reglamenta, pues los bienes de su propiedad son, precisamente, los fiscales.

Adicionalmente, la Sala advierte que si bien la norma reglamentaria permite que se entreguen en arrendamiento o administración los bienes

que el distrito o sus entidades descentralizadas “...posean, administren o manejen a cualquier otro título...”, y que estén destinados a la práctica de la recreación masiva o el deporte, también lo es que dicha entrega la condiciona a que no lo impidan los actos en virtud de los cuales las citadas entidades posean, administren o manejen los mencionados bienes, de donde se desprende que aquélla no está excediendo, con dicha previsión, la norma reglamentada, en la medida de que la entrega en arrendamiento o administración, para los fines tantas veces citados, debe estar prevista en el respectivo acto que le concede al Distrito o a una de sus entidades descentralizadas su administración.

De otra parte, la Sala rectifica la posición asumida en el auto que denegó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado en el sentido de que se pueden entregar en arrendamiento o administración los bienes de uso público para los efectos previstos en la norma demandada, pues, no obstante que le asistió razón en cuanto afirmó que el entregar en arrendamiento o administración dichos bienes no implica su enajenación, lo cierto es que la norma reglamentada sólo permite que se puedan dar en arrendamiento o en administración los bienes de su propiedad, es decir, los bienes fiscales, previsión que acoge la norma reglamentaria.

En consecuencia, la Sala considera que el acto demandado no transgrede los artículos 674 y 678 del Código Civil y 63 y 82 de la Carta Política, los cuales prescriben, en su orden, que los bienes de uso público son aquéllos cuyo uso lo tienen todos los habitantes del territorio, que el uso y goce de dichos bienes estará sujeto a las disposiciones de ese código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes, que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público, dado que, se insiste, tanto el artículo 174 que se reglamenta, como el inciso demandado, no apuntan hacia los bienes en cuestión, sino a los bienes fiscales, especie una y otra que hacen parte de los bienes de la Unión, y respecto de los cuales la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto núm. 697 de 28 de junio de 1995, Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón, precisó:

“Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal, como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera),

mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público”.

Finalmente, la Sala desea aclarar que lo que aquí se concluye es que con base en lo dispuesto en el artículo 174 del Decreto 1421 de 1993 y en la norma demandada, los bienes de uso público no pueden ser dados en arrendamiento o administración para la práctica de la recreación masiva o el deporte, como así lo entendió la norma reglamentaria, sin que ello descarte que, con fundamento en otras disposiciones legales, pueda ser posible el arrendamiento de los mismos...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

VII. CIRCULARES DE SERVICIO O ADMINISTRATIVAS

El carácter decisorio del acto es el que lo hace susceptible de control judicial

11 de marzo de 1988

Radicación: CE-SEC1-EXP1988-N41

...«De los elementos que supone la anterior definición [conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad y la inteligencia], para el caso presente resulta necesario resaltar aquel que se refiere al carácter decisorio del acto (capaz de producir efectos jurídicos), sin el cual la voluntad y la inteligencia puestas de presente en la expresión administrativa, carecen de incidencia para ser capaces de configurar el acto susceptible de control por parte del Juez administrativo, quedándose por tanto en el terreno de la simple opinión que, en consecuencia, no crea, modifica o extingue situación jurídica alguna...».

*Luis Antonio Alvarado Pantoja, Guillermo Benavides Melo,
Samuel Buitrago, Simón Rodríguez Rodríguez (Ausente).*

CIRCULARES DE SERVICIO O ADMINISTRATIVAS

Solo son susceptibles de control judicial las que revisten el carácter de acto administrativo

3 de febrero de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N5236

...«IV. 2. La naturaleza del acto acusado. Se trata de una Circular del Jefe de la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina, dirigida a funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, relacionada con la aplicación del artículo 5° de la Ley 218 de 1995, teniendo como base la sentencia C - 130 de 1998, de la Corte Constitucional (Exp. D - 1842), por medio de la cual se declaró exequible dicho artículo, en los términos de la sentencia y por los motivos en ella analizados.

El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados.

En el caso sub judice, la Sala observa que la Circular controvertida se limita a dar instrucciones a los funcionarios arriba mencionados sobre la forma cómo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe entenderse el artículo 5° de la Ley 218 de 1995, en materia de deducciones

tributarias y de rentas exentas, dentro del marco de la llamada Ley Páez, con la finalidad de estimular la inversión en la zona de desastre. Esa Circular se mantiene dentro de los límites de la referida sentencia, sin agregar elementos nuevos, de manera que no puede considerarse como manifestación de voluntad de la Administración, en los términos y con las características propias de los actos administrativos.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, la Sala, en acuerdo con el Agente del Ministerio Público, se declarará inhibida para un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad de la circular demandada...».

*Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Olga Inés Navarrete Barrero,
Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

CIRCULARES DE SERVICIO O ADMINISTRATIVAS

Todas las circulares, con independencia de su objeto, se encuentran sujetas al control de los jueces de la administración

27 de noviembre de 2014

Radicación: 05001-23-33-000-2012-00533-01

...«Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.

En efecto, y en relación con el primero de los argumentos expuestos en precedencia, encuentra la Sección que como resultado de la línea jurisprudencial comentada resulta un recorte injustificado del ámbito de control de la justicia administrativa, que desconoce que conforme al artículo 103 del CPACA, en línea con lo previsto por el artículo 89 de la Constitución,

“[l]os procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico” (negritas fuera de texto). Lo anterior, a más que al definir el ámbito de la jurisdicción el artículo 104 del CPACA lo hace en términos más amplios que lo previsto al respecto por el artículo 83 CCA, pues mientras que éste último precepto alude al control contencioso sobre “los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas”, aquel hace referencia a “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. De modo que al prescindir de la alusión concreta a los actos administrativos para hacer mención al género “actos (...) sujetos al derecho administrativo”, más amplio y omnicompreensivo que la categoría empleada por el legislador anterior, es manifiesta la voluntad del legislador de alargar el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos.

Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA).

Desconocer este aspecto puede llevar a que, como se destaca en el segundo argumento expuesto con anterioridad, se acaben por configurar

inmunidades de ciertas manifestaciones de la función administrativa frente al poder jurisdiccional; resultado que en este evento, por injustificado (no ocurre así, p. ej. con el control sobre los actos administrativos de trámite o de ejecución por las razones largamente expuestas por la jurisprudencia), resulta anómalo y contrario al espíritu del Estado de Derecho. No puede olvidarse que éste, como ha sido señalado por la Corte Constitucional, es ante todo “una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica” y “se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado”. De aquí que las autoridades deban obrar siempre con apego a lo establecido por la Constitución, las leyes y los reglamentos, conforme a lo previsto para los servidores públicos por los artículos 122 y 123 de la Carta; y que sea función del contencioso administrativo velar por el apego de las decisiones y actuaciones de las autoridades a dicho principio y tomar las determinaciones que sean del caso (anulatorias, reparatorias, restitutorias, etc.) allí donde se evidencie su vulneración. De carecer de una justificación adecuada, el reconocimiento de inmunidades jurisdiccionales resulta incompatible con el ideal del sometimiento pleno de las autoridades al Derecho ínsito en la proclamación del principio Estado de Derecho por el artículo 1º de la Constitución.

Por último, tampoco puede la Sala dejar de lado la consideración de la regla hermenéutica del efecto útil, en virtud de la cual entre dos interpretaciones posibles de un enunciado normativo deberá preferirse siempre aquella que imprima plena efectividad a todas las disposiciones de la ley, en lugar de la lectura que termina por dar un sentido parcial, redundante o superfluo a sus previsiones. Esto, por cuanto observa la Sala que pese a que el artículo 137 CPACA contempla *expressis verbis* la procedencia del contencioso objetivo para demandar la anulación de cualquier acto administrativo de carácter general, además de “la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”, la interpretación hasta ahora prohijada priva de efectos la referencia expresa a “las circulares de servicio”, por cuanto condiciona su control a que se trate de decisiones que creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas, es decir, que tengan la condición de actos administrativos. Por ende, esta lectura del dispositivo normativo, en la práctica, deja sin efectos la previsión del párrafo 3º del artículo 137 CPACA, ya que termina por homologarla a la habilitación para ejercer el control sobre los actos administrativos de carácter general, conforme ocurre de manera ordinaria con este medio de control en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1º de esta norma. Curiosamente, no ocurre así con la segunda parte de

dicho precepto, relativo con la anulabilidad de los actos de certificación y de registro, en relación con los cuales no ha habido controversia ni restricciones respecto de su controlabilidad por el contencioso administrativo.

En consecuencia, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo 103 CPACA) y a los “actos (...) sujetos al derecho administrativo” como parte del ámbito de sus competencias (artículo 104 CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3º del artículo 137 CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.

En criterio de la Sala esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la jurisdicción contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, en tanto viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración, ya no controlables solo en tanto que actos administrativos, sino en cuanto manifestaciones de la función administrativa. El hecho de carecer las circulares de efectos jurídicos directos por no crear, modificar ni extinguir situaciones jurídicas determinadas en nada impide su control judicial, no solo por ser éste un dato indiferente a la luz de los principios de supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución) y de legalidad (artículos 6, 121, 122 y 123 *Ibídem*) que rigen por igual las distintas expresiones de la función administrativa y que a voces del artículo 103 del CPACA sirven de motores que impulsan la actividad del contencioso (junto con la protección de los derechos), sino también –y especialmente– a la luz de las nuevas circunstancias en las que opera la Administración en la actualidad.

En efecto, el hecho de actuar ésta en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (*command and control*) o Derecho Duro (*hard law*) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones

administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (*soft law*), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo.

En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo.

Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismo dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con estas ha de ser total.

Para la Sección Primera del Consejo de Estado el contencioso administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intra-administrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control. En consecuencia, y aun cuando ello suponga

llevar el escrutinio judicial fuera de su escenario tradicional de fiscalización de actos administrativos –y justamente por eso o con esa finalidad–, una posición que pudo ser funcional y pacífica durante muchos años puede ser revaluada ante la evidencia del creciente recurso de las autoridades a estas formas de decisión y de los riesgos que su exclusión del control genera para el Estado de Derecho. Máxime cuando la propia legislación contencioso administrativa parece ser consciente de esta realidad y en los artículos 103 y 104 el CPACA ensancha deliberadamente el objeto de la jurisdicción...».

*María Elizabeth García, María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala,
Marco Antonio Vellilla Moreno (ausente en comisión).*

VIII. CIUDADANOS EXTRANJEROS, PERMISOS DE RESIDENCIA TEMPORAL Y EXTRADICIÓN

CARTAS DE NATURALEZA

Suspensión transitoria de su otorgamiento

4 de julio de 1944

Radicación: CE-EXP1944-07-04

...«Sostiene el actor que el Decreto acusado establece condiciones nuevas para el otorgamiento de las cartas de naturaleza y que como las requeridas para que el Gobierno pueda expedirlas, se hallan fijadas por la Ley 22 bis de 1936, el Decreto modifica esas condiciones sin facultad para ello, contrariando así las disposiciones de la misma Ley.

De esta opinión participa el señor Fiscal de la corporación, pues considera que sólo el legislador podría dictar medidas como las que contempla el Decreto acusado, en materia de nacionalización de extranjeros. Está, por tanto, de acuerdo con las tesis de la demanda, y opina que debe declararse la nulidad del acto de que se trata.

El Decreto materia de este juicio se limita a expresar que desde su fecha, y mientras dure el actual conflicto mundial, el Ministerio de Relaciones Exteriores se abstendrá de considerar solicitudes de nacionalización de extranjeros, salvo cuando se trate de los casos que en él se contemplan.

Es, pues, una medida adjetiva, que toca con la tramitación de los respectivos negocios en el Ministerio. No es propiamente un decreto con carácter de reglamentario, encaminado a dar desarrollo a las disposiciones de la Ley 22 bis de 1936, y por lo mismo no puede decirse que el Gobierno al dictarlo excedió la potestad reglamentaria que le corresponde, de acuerdo con la Constitución, como lo afirma el demandante. De manera que por

este aspecto no habrá de examinarse la cuestión que la demanda plantea. Las condiciones que deben llenar los extranjeros todos los extranjeros para obtener el beneficio de la naturalización, especificadas en la Ley 22 bis de 1936, no han sido modificadas en forma alguna por la adopción de la medida de que se trata, porque ellas siguen vigentes tal como fueron establecidas, y tampoco se han señalado normas nuevas, disposiciones distintas de las existentes. Ya se ha dicho que se está simplemente en presencia de una cuestión procedimental que no altera las condiciones generales fijadas por la ley en su contenido esencial, en su fondo. El Gobierno, por virtud del Decreto 1917 de 1943, expresa simplemente que en adelante no se considerarán por el Ministerio de Relaciones Exteriores las solicitudes de nacionalización de extranjeros, si no se trata de los casos que en él se enumeran. Para los demás hay una suspensión temporal condicionada por la existencia del conflicto mundial. Se considera:

La Ley 22 bis de 1936 reglamenta lo referente al otorgamiento de cartas de naturaleza y su revisión. De conformidad con el ordinal 17 del artículo 115 de la Constitución Nacional, corresponde al Presidente de la República expedir cartas de ciudadanía, de acuerdo con las leyes. El artículo 2 de la expresada Ley 22 bis de 1936, reformativa de la 145 de 1888, sobre extranjería y naturalización, determina que “la naturalización es un acto soberano y discrecional de la autoridad pública y por consiguiente el Gobierno puede expedir carta de ciudadanía o naturaleza a los extranjeros, que la soliciten”. En los artículos 4o, 5o y 6o se señalan las condiciones que deben llenar quienes deseen obtener la expedición de la carta de naturalización, y en posteriores disposiciones se fija el procedimiento que debe adoptarse en relación con las solicitudes que al efecto se presenten al Gobierno. En armonía con el artículo 2o de la Ley, se dispone en el artículo 13 que el Ejecutivo, en vista de la solicitud, de la documentación complementaria y del concepto y atestación del respectivo Gobernador, y previa consulta de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, declarará si accede a la solicitud, y en caso afirmativo expedirá la carta de naturaleza.

Se tiene, pues, que según las anotadas disposiciones, el Gobierno procede en estas materias de modo soberano y discrecional, como en forma expresa lo determina el artículo 2o de la Ley. Lo que quiere decir que, aun en el caso de que el extranjero llene en forma completa los requisitos que la misma Ley exige, el Gobierno no está obligado a expedir la carta de naturaleza solicitada. Esto es así, porque el Gobierno tiene plena libertad de acción en cuestión tan delicada como es la de conferir el beneficio de

la nacionalización, ya que se trata de una actividad que toca con el orden público, con la misma seguridad del Estado, en la cual el concepto de soberanía opera por encima del interés del aspirante al beneficio, que el Gobierno otorga prudencialmente, en determinadas circunstancias, cuando se cumplen los requisitos que para el extranjero la ley señala.

Esto sentado, debe examinarse si la medida que contiene el Decreto 1917 de 1943 cabe dentro de la autonomía que el Gobierno tiene constitucional y legalmente en esta materia, o si, por el contrario, recorta su actividad y restringe su poder.

Aparentemente, la disposición contenida en el Decreto 1917 de 1943 puede considerarse como emanada de esa misma autonomía; puesto que, como se dijo en el auto que negó la suspensión provisional, si el Gobierno no está obligado en ningún caso a expedir las cartas de naturaleza que le soliciten, ni aun en el caso de que se llenen los requisitos que la ley señala, bien podría dejar de considerar las de aquellos extranjeros que no se hallen comprendidos por el aludido Decreto. Pero un estudio de fondo del problema lleva al Consejo a una conclusión distinta, en presencia del contenido del artículo 2o de la Ley 22 bis; porque es lo cierto que si el Gobierno, no obstante la vigencia del Decreto referido accediere a expedir una carta de naturaleza sin consideración a él, podría hacerlo válidamente; pero el acto realizado en tales condiciones al llegar a ser objeto de acusación por violación del Decreto 1917, revelaría cómo el Gobierno no está obligado a dar cumplimiento a sus disposiciones, con mengua de la amplia facultad que la ley pone en sus manos en lo tocante a la expedición de cartas de naturaleza.

Por otra parte, es sabido que la Constitución del país da a todas las personas el derecho de presentar peticiones a las autoridades, por motivos de interés general o particular, y de obtener pronta resolución, y aun cuando el Decreto no ha sido atacado por este aspecto, ni al Consejo le correspondería estudiar esa tacha constitucional, no está fuera de lugar la consideración de que el Decreto envuelve un acto de abstención, por parte del Gobierno, que no se compadece con el espíritu de la legislación en lo referente a las garantías que las leyes consagran en favor de los particulares que tienen que recurrir a las autoridades públicas en demanda del reconocimiento de sus pretendidos derechos.

La facultad del Gobierno, como se ha dicho, en lo referente a la expedición de cartas de naturaleza, es soberana y discrecional, en cuanto no le es obligatoria la concesión de ellas, a pesar del cumplimiento de los requisitos

légales por parte del extranjero solicitante; pero es al mismo tiempo reglada, en cuanto sin el lleno de esos requisitos tampoco puede conceder la nacionalización. Por lo tanto, toda medida que en una u otra forma coarte o limite la libertad de la Administración para realizar su actividad, en función que la ley le ha atribuido soberanamente, pugna con ésta de manera directa, y en tal caso debe prevalecer la norma jurídica superior.

Si en el campo estrictamente privado la renuncia de los derechos que no miran simplemente al interés particular, sino que tocan con el orden social o público, está restringida, con mayor razón en el terreno del derecho público resulta inaceptable que la Administración limite su propia capacidad, restrinja el radio de sus propias funciones, haciendo renuncia, en el ejercicio de su actividad, de parte muy importante de aquellas funciones que realiza en calidad soberana y por expresa disposición de la ley.

Por último, cabe también observar que la aplicación del Decreto 1917 de 1943 establece una diferencia de tratamiento para los extranjeros por sus disposiciones cobijados, haciendo de inferior condición a otros, cosa que también pugna con una sana realización de la igualdad jurídica.

Aun cuando la demanda no enfoca estos aspectos del problema, dado que la acusación contra el Decreto de que se trata se fundamenta en la totalidad de la Ley 22 bis de 1936, el Consejo ha tenido que examinarlo desde diversos ángulos de observación, y decidir el negocio aun cuando sin coincidir con las razones expuestas por el actor y las emitidas por el Ministerio Público...».

*Aníbal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino,
Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas,
Carlos Rivadeneira G; Tulio Enrique Tascón.*

DERECHO AL TRABAJO DE ARTISTAS EXTRANJEROS

Se vulnera al exigírseles presentaciones gratuitas, como condición previa para poder obtener el permiso de actuar en el territorio del Distrito Especial

3 de mayo de 1985

Radicación: CE-SEC1-EXP1985-N4487

...«El artículo 11 de la Constitución Nacional, dice:

«Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos. Pero la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

«Gozarán así mismo los extranjeros en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o las leyes.

«Los derechos políticos se reservarán a los nacionales».

Es decir: la Carta establece una norma general de igualdad de derechos civiles para colombianos y extranjeros; y prevé, por vía de excepción, la posibilidad de que la ley, por razones de orden público, subordine a condiciones especiales o aun niegue el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Es evidente, entonces, que sólo la ley podrá someter el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros a ciertas condiciones especiales; ninguna norma diferente, de inferior categoría (en el caso un decreto del Alcalde Mayor de Bogotá), podría disponer válidamente algo semejante.

De otra parte, el derecho al trabajo es derecho civil fundamental de la persona; al respecto el artículo 17 de la Constitución Nacional dice:

«El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado».

Partiendo del principio de la igualdad de derechos civiles de colombianos y extranjeros, resulta que el *Decreto 0974 de 1969*, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, es violatorio del citado artículo 11 de la Constitución, pues el alcalde, sin tener facultad legal para ello, establece unas obligaciones para los artistas extranjeros que no exige a los colombianos; no existe razón legal alguna para imponer a los extranjeros (y no a los colombianos) la obligación de hacer presentaciones gratuitas en escenarios que la administración distrital les señale, como condición previa para poder obtener el permiso de actuar en el territorio del distrito. Así el propósito sea el de hacer presentaciones populares, tal imposición constituye una discriminación en perjuicio de los artistas extranjeros, una restricción de su derecho al trabajo y el establecimiento para ellos de una carga que no se impone a los artistas de nacionalidad colombiana, lo cual contraviene al artículo 11 de la Constitución.

El decreto demandado también es violatorio del artículo 17 de la Constitución, por cuanto establece, sin fundamento legal para ello, la obligación para los extranjeros de realizar un trabajo gratuito. Y por la misma razón, contradice los artículos 30 y 35 de la Constitución que garantizan, con las restricciones que ellos mismos establecen, la propiedad privada y la propiedad literaria y artística.

El propósito de la administración distrital de llevar a la ciudadanía en general recreación y cultura, y, concretamente el permitirle ver espectáculos a los cuales, por su costo, no podría asistir en teatros comerciales, es loable. Pero no puede la administración cumplir ese objetivo imponiendo a los artistas extranjeros la obligación, inexistente para los colombianos, de trabajar gratuitamente. Como dice el *a quo*, no se puede obligar a una persona, nacional o extranjera, a que ejecute determinada actividad, un trabajo, sin reconocerle la adecuada compensación o remuneración. Y nótese que el decreto demandado impone una verdadera obligación a los artistas extranjeros, que no se trata simplemente de la posibilidad de «solicitarles» su actuación gratuita, como lo ha insinuado el personero delegado, porque el clarísimo sentido del acto es otro. Las anteriores consideraciones bastan para concluir que la norma acusada es nula.

Pero como el representante del distrito ha sostenido que el decreto demandado fue dictado por el alcalde en desarrollo de sus funciones de jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción, también conviene precisar que el alcalde puede exigir que los artistas, compañías de artistas y empresarios de espectáculos obtengan un permiso de la administración

distrital para hacer sus presentaciones públicas; pero lo que no puede hacer, porque ni el Código Nacional de Policía (Decreto 1335 de 1970) ni ley otra alguna le dan esa facultad, es condicionar el otorgamiento del permiso al cumplimiento de obligaciones como las que impone el decreto demandado de actuar gratuitamente.

Es más: no solamente el Código Nacional de Policía se abstiene de dar atribuciones de esa índole al alcalde, sino que reitera el principio constitucional del cual se ha hablado antes, estableciendo en su artículo 171:

«Los extranjeros pueden ejercer los mismos derechos y están protegidos por las mismas garantías reconocidas a los nacionales colombianos salvo el ejercicio de los derechos políticos que están reservados a los colombianos».

Por otra parte, los artículos 133, 136 y 138 del Código Nacional de Policía (que hacen parte del libro relativo al ejercicio de las Libertades Públicas) establecen las reglas y requisitos a los cuales deben someterse los empresarios que promuevan la presentación de espectáculos, y en ninguno de dichos artículos se consagran obligaciones como las contenidas en el decreto acusado. De suerte que el Decreto 0974 tantas veces mencionado, también es violatorio de las disposiciones del Código Nacional de Policía...».

*Miguel Betancourt Rey, Samuel Buitrago Hurtado,
Simón Rodríguez Rodríguez, Mario Enrique Pérez Velasco.*

TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

Si bien los extranjeros no residentes en Colombia tienen derecho a recibir trasplantes, ellos deben someterse al sistema de turnos o listas de espera. Las excepciones al deber de respetar listas de espera se aplican sin consideración al origen del receptor

8 de abril de 2010

Radicación: 11001-03-24-000-2006-00121-00

...«[L]a Sala estima que no es válido afirmar que se haya establecido un tratamiento discriminatorio al disponer que la no existencia de receptores nacionales o de extranjeros residentes en lista de espera nacional o regional, es una condición sine qua non para que aquellos puedan acceder a la posibilidad de un trasplante de órganos o tejidos de origen humano.

A diferencia de lo que afirman la parte actora y el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, esta Corporación encuentra que efectivamente la norma acusada en vez de discriminar a los extranjeros no residentes en Colombia y de desconocerles o limitarles el derecho que tienen de convertirse en receptores de un componente anatómico, produce en realidad un efecto radicalmente distinto, al permitir que tales personas tengan la posibilidad de recibir el trasplante del órgano o tejido humano que requieren para la recuperación o restablecimiento de su salud.

La medida cuestionada por el actor es totalmente razonable y comprensible, pues ante la necesidad de garantizar la satisfacción de las necesidades de quienes necesitan un trasplante y dada la imposibilidad de atender en forma inmediata un requerimiento de tal naturaleza, se impone acudir a un sistema de turnos, lo cual, en vez de reñir con el derecho a la igualdad, contribuye precisamente a la efectividad del mandato contenido en el artículo 13 de la Carta, al permitir que todas las personas tengan acceso a esta modalidad de servicios de salud.

La H. Corte Constitucional, en Sentencia T-170 de 9 de marzo de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, al referirse a la constitucionalidad de los turnos en materia de derechos prestacionales o servicios asistenciales, expresó además, que “[...] *el mecanismo del turno o la lista de espera, se encuentra justificado por la pretensión de racionalización del servicio.*”

Bajo esa perspectiva y de acuerdo con la normatividad vigente, se hace indispensable organizar “listas de espera”, que tengan en cuenta, por una parte, la urgencia vital con que se requiera el procedimiento, y, por otra, el orden cronológico de inscripción en la lista, con lo cual se está estableciendo una relativa equidad, y todas las personas quedan en igualdad de condiciones, cediendo solamente ante quien tenga mayor riesgo de muerte o pérdida funcional, inevitable por medios distintos al trasplante. Lo fundamental es mantener, en todo caso, la posibilidad de acceso a los trasplantes para toda persona que los necesite, sin más limitaciones que la disponibilidad de órganos o tejidos y la histocompatibilidad científica previamente demostrada.

La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes, tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o colisión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En ese sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica.

Por consiguiente, cuando el artículo acusado prescribe que el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.

No huelga señalar a propósito del tema, que la constatación de que no existen nacionales o extranjeros residentes en lista de espera, debe realizarse tomando en consideración el momento en el cual el extranjero no residente radica su solicitud, pues de conformidad con las ideas expuestas, es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen ese tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha, no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente en Colombia que se encuentre previamente inscrito.

La obligación de respetar los turnos, sin embargo, no constituye una camisa de fuerza para la administración ni debe aplicarse con un rigor absoluto, pues en casos de urgencia extrema y de inminente peligro, el orden de prelación puede y debe ser objeto de variación o modificación. (...)

En suma, la circunstancia de que una persona natural ostente una nacionalidad distinta de la colombiana o el hecho de que aquella tenga la calidad de residente o de simple transeúnte, no es óbice para que en caso de necesidad y estando en el territorio nacional, pueda llegar a convertirse en receptora de un órgano o tejido para trasplante, pues según las voces del artículo 13 constitucional, el origen nacional de las personas no puede ser invocado como fundamento de ningún tratamiento discriminatorio.

En ese mismo contexto, es preciso recordar que según lo dispuesto en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia, *“Las autoridades de la República están instituidas para **proteger a todas las personas residentes en Colombia**, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”* (el resaltado es ajeno al texto)

Si bien el artículo antes mencionado no hace ninguna referencia a los extranjeros no residentes en Colombia, ello no significa que el deber de protección que recae sobre el Estado esté excluyendo a los extranjeros no residentes en el territorio nacional, pues la protección de los derechos constitucionales fundamentales -y el derecho a la salud es uno de ellos- se predica de todas las personas, por mandato expreso del artículo 86 de la Constitución Política. En tal virtud, se debe recordar que *“persona”* es “[...] todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, tal cual lo dispone el artículo 75 de nuestro Código Civil.

En principio, ningún ser humano es más importante que otro, y por ello, frente a peligros graves para la salud o la vida no es lícito establecer a priori discriminaciones basadas en el origen nacional de las personas. Así

las cosas, la histocompatibilidad de las células, los órganos y los tejidos, y la urgencia de su trasplante, deben ser los únicos criterios que se deben tener en cuenta en el momento de escoger el receptor de un componente anatómico de tal naturaleza.

Siguiendo con el hilo conductor de las presentes consideraciones, también es del caso traer a colación que si bien el artículo 13 de la Carta consagra el derecho a la igualdad y proscribiera todo tratamiento discriminatorio fundado en el origen nacional de las personas, dicho mandamiento constitucional es morigerado en sus alcances por el artículo 100 de la propia ley de leyes, cuando autoriza la limitación o supresión de algunos derechos civiles de los extranjeros, en aquellos eventos en los cuales medien razones de orden público debidamente justificadas, sin soslayar desde luego la naturaleza del derecho involucrado. (...)

Como bien se puede apreciar, la Carta Política de 1991 estableció una norma general de igualdad para colombianos y extranjeros en materia de **derechos civiles** y estableció como excepción, la posibilidad de que el legislador, por razones de orden público, subordine a condiciones especiales o aun niegue el ejercicio de determinados derechos o consagre limitaciones al disfrute de ciertas garantías por parte de los extranjeros. Esa posibilidad de condicionar o de negar el ejercicio de determinados derechos civiles por parte de los extranjeros, no puede llegar al extremo de afectar todos sus derechos, pues tal como lo ha expresado con acierto la Corte Constitucional, la posibilidad de someter el ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros a condiciones especiales e incluso la misma posibilidad de excluirlos por completo de su disfrute no es absoluta, pues al fin y al cabo “[...] el constituyente ha previsto esa posibilidad a condición de que no afecten derechos fundamentales.” (Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz)

Siguiendo esa línea argumental, la Sala es del criterio que el derecho a la salud, que en Colombia tiene la connotación de derecho fundamental, es de aquellos respecto de los cuales la posibilidad de establecer restricciones o limitaciones se encuentra restringida. (...)

Los criterios expuestos se acompañan con las previsiones del artículo 2° de la Constitución, en donde se consagra que es deber de las autoridades públicas brindar protección a “todas las personas” en sus vidas, honra y bienes, incluyendo en dicha categoría tanto a los nacionales como a los

extranjeros, reiterando de esa manera una añeja tradición que es propia de nuestro constitucionalismo.

Como complemento de lo dicho hasta aquí, no puede dejar de señalarse que el artículo 93 de nuestra Constitución incorporó en el ordenamiento jurídico nacional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos, los cuales, además de constituir un parámetro de control constitucional, son referentes normativos de carácter obligatorio para los operadores jurídicos, pues al formar parte de aquello que la jurisprudencia y la doctrina denominan bajo el apelativo de “*bloque de constitucionalidad*”, ha de entenderse que unos y otros deben ser acatados y aplicados de manera rigurosa en nuestro país. En ese orden de ideas, lo preceptuado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el ciudadano, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en los Convenios de Ginebra, en los Protocolos I y II en y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica, con respecto a la protección de la vida y la salud humanas, es de obligatorio cumplimiento.

Según lo expresado hasta aquí, ha de entenderse entonces que el derecho a la salud cobija por igual a los nacionales por nacimiento o adopción y a los extranjeros que ostentan la condición de residentes o no residentes en Colombia, bajo la única condición de que, en tratándose de los extranjeros, se encuentren en el territorio nacional. Por lo mismo, el disfrute de ese derecho por parte de los no nacionales, se extiende desde su ingreso y hasta el momento mismo en que termine su estancia en el territorio nacional, pues por razones de simple lógica ese derecho no puede cobijar a los extranjeros que hayan abandonado nuestro territorio patrio. En otras palabras, la migración de los extranjeros hacia sus países de origen o hacia otros destinos, pone punto final a la obligación del Estado colombiano de garantizarles la efectividad de su derecho a la salud, por cuanto dicha obligación se encuentra supeditada a la permanencia de los extranjeros en Colombia.

Dicho de otra manera, el deber de solidaridad del Estado colombiano frente a aquellas personas que ingresan al país en calidad de transeúntes, expira al concluir la condición migratoria con la cual ingresaron y permanecieron en el país, pues ha de entenderse que al abandonar el territorio colombiano, ese deber humanitario se traslada a su país de origen o a otros Estados de la comunidad internacional que los reciba en su territorio. Todo lo anterior ha de entenderse desde luego, sin perjuicio de

los tratados o convenios celebrados o que llegare a celebrar Colombia en relación con estos temas.

Resumiendo las ideas consignadas en las páginas precedentes, la Sala considera que el artículo 40 del Decreto acusado, en vez de establecer un tratamiento discriminatorio hacia los extranjeros no residentes en Colombia, les está haciendo extensivo el derecho de convertirse en receptores de componentes anatómicos de origen humano, bajo la condición que al momento de reclamar su derecho se encuentren en el territorio nacional. No existiendo entonces en este caso ningún tratamiento que pueda calificarse de discriminatorio, habrá de denegarse la nulidad de dicho artículo.

Por último, los operadores y prestadores de servicios relacionados con los servicios relacionados con el trasplante de componentes anatómicos, deberán tener en cuenta además, que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 del Decreto demandado, es preciso que en cada caso particular se respeten “los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección” y se cumpla con la “[...] previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención...»

*Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.*

TARJETA DE RESIDENCIA TEMPORAL

La decisión de la oficina de Control y Circulación de Residencia del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de no expedir el permiso a los servidores elegidos por concurso público para trabajar en la Isla, es inconstitucional e ilegal

22 de mayo de 2008

Radicación: 88001-23-31-000-2002-00093-01

...«En su recurso de apelación la entidad demandada insiste en que los actores no son servidores públicos que ingresaron a su territorio para ejercer jurisdicción o autoridad administrativa, a los cuales se refirió, entre otros, la sentencia cuyos apartes pertinentes fueron arriba transcritos.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-530 de 1993, al estudiar la exequibilidad del Decreto 2762 de 13 de diciembre de 1991 “*Por medio del cual se adoptan medidas para controlar la densidad poblacional en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina*”, resolvió:

“*Declarar EXEQUIBLE el Decreto N° 2762 de 1991, por las razones expuestas en esta sentencia, en el entendido que a los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dicho Decreto se les aplica con las limitaciones establecidas en el cuerpo de esta sentencia*”.

En las consideraciones de la sentencia C-530 de 1993, la Corte Constitucional aclaró el alcance de la limitación contenida en el Decreto 2762 de 1991, en el sentido de excluir de la misma a los servidores públicos nacionales, a los que se refirió en su parte resolutive, así:

“Este grupo de servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no le son aplicables las normas relativas al cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art.10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32)”.

Para esclarecer si los actores se encuentran o no incluidos dentro de la excepción a la que se refirió la sentencia C-530 de 1993, esta Corporación destaca que el alcance dado a la exequibilidad del Decreto 2762 de 1991, respecto de los servidores públicos del nivel nacional, tuvo como fundamento la interpretación que de la norma hizo el Procurador General de la Nación dentro del proceso de constitucionalidad del Decreto en cita, como se observa a continuación:

“5. Del concepto del Procurador General de la Nación

“La vista fiscal solicitó a la Corte Constitucional en su concepto de rigor declarar exequible la norma revisada de acuerdo a la siguiente interpretación: (...) Los derechos que expresamente se pueden limitar a las personas que se encuentren radicados en el Departamento, según la norma constitucional, son los de circulación y residencia y el derecho a la propiedad, y de otra parte, los derechos conexos que pueden resultar comprometidos con la restricción a los anteriores, como el derecho al trabajo, al sufragio y a la libertad del comercio. Mientras que los derechos que se privilegian para el grupo de personas que habitan en el Departamento, para los residentes temporales y para los turistas, son el derecho a la salud, a la preservación de la identidad cultural de los raizales de la región, a la preservación de un ambiente sano, al trabajo, al acceso a los servicios públicos fundamentales’.

“Añade el Ministerio Público que ‘contrastando las disposiciones del Decreto impugnado con el Estatuto fundamental, no se encuentra reparo alguno de índole constitucional que afecte su validez, pues la Corte no podría llegar a controlar las preferencias del Constituyente para el favorecimiento de algunos derechos para un grupo determinado de personas, sobre otros derechos también de rango constitucional.(...) Sin embargo, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte Constitucional se declare inconstitucional el Decreto No. 2762 de 1991, en la interpretación-aplicación siguiente:

‘Denuncia la Vista Fiscal que la Gobernación del Departamento Archipiélago está interpretando en términos absolutos la disposición acusada, solicitando a las autoridades nacionales, como la Procuraduría General de la Nación, cumpla todo lo

dispuesto en el aludido Decreto, especialmente cuando se contempla el nombramiento de funcionarios del continente colombiano a las Islas.

‘Lo anterior, debido a que la facultad dada por el artículo 310 de la Carta al Decreto en discusión era la de limitar, o sea, restringirlos ‘dentro de ciertos límites que no se pueden sobrepasar’, como el ejercicio de atribuciones constitucionales que involucran a todos en todo el territorio nacional, especialmente el ejercicio de la función pública. Así las autoridades del orden nacional ‘por el hecho de ser nacionales colombianas, pueden y deben desarrollar sus atribuciones sin condicionamiento distinto a los permitidos por la Constitución, en toda la extensión del Estado colombiano, y no sólo en parte o en buena parte del mismo ... entendemos que una cosa es controlar la migración hacia el archipiélago, restringiendo el ejercicio de unos derechos, y otra radical e **inconstitucionalmente diferente es pretender limitar el ejercicio de las facultades otorgadas a las autoridades con mando, dirección y jurisdicción en toda Colombia, imponiéndoles que solamente nombren como sus agentes, delegados y demás subalternos a quienes cumplen los requisitos de residencia según el Decreto demandado, y en consecuencia, únicos titulares de los derechos al trabajo, de circulación, educación y sufragio**’(el resaltado no es del texto).

“En ese orden de ideas, la Procuraduría General de la Nación, solicita a la Corte Constitucional declarar exequible el Decreto No. 2762 de 1991 conforme a la primera interpretación expuesta y con respecto a la anterior interpretación-aplicación ‘su retiro del ordenamiento jurídico, su no aplicación ni observación por las autoridades y demás personas destinatarias de sus contenidos normativos se excluirá con efecto general y de cosa juzgada”.

Fue así como, con fundamento en lo señalado por el Ministerio Público, la Corte Constitucional, para resolver en el sentido que lo hizo, consideró:

“Se observa pues que las diversas limitaciones a los derechos de las personas no residentes en el Departamento Archipiélago, y el consecuente incremento de autonomía de dicha entidad territorial, deben ser interpretadas en el marco del Estado unitario, uno de cuyos postulados básicos es la unidad de acción y decisión en las materias que la Constitución ha reservado al nivel nacional de gobierno.

“Es en este sentido **que se inscribe el concepto del Procurador General, compartido por la Corte**, cuando solicita que ‘las autoridades de San Andrés no vulneren el marco de competencias y el ejercicio de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público y de otras autoridades’ [nacionales]. En este orden de ideas, las limitaciones a los derechos de las personas no residentes en el Departamento que nos ocupa deben ser entendidas en el sentido de que ellas **no cobijan a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones.**

*“Fijado así el alcance de la norma en estudio, ha de entenderse en lo sucesivo que dicha norma se refiere a los extranjeros y a los nacionales colombianos **no residentes en el Departamento que no sean autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones**”.*

Nótese, pues, que tanto el Ministerio Público como la Corte Constitucional se refieren a que las autoridades nacionales **en el ejercicio de sus funciones** no están sometidas al cumplimiento de los requisitos contenidos en el Decreto 2762 de 1991 para efectos de obtener su tarjeta de residencia temporal, la cual, como lo expresó el alto Tribunal, les debe ser expedida con fines de registro, más no de control.

En consecuencia, a juicio de la Sala, es irrelevante que el cargo para el cual concursaron los demandantes, esto es, Profesional Grado 01 del Grupo de Investigaciones y Jurisdicción Coactiva en el Departamento de San Andrés, implique poderes decisorios, de mando o imposición sobre subordinados o la sociedad, pues tal interpretación restrictiva haría nugatoria la excepción en cuestión, en cuanto en la Gerencia Departamental de la Contraloría General de la República en el Departamento de San Andrés sólo podrían laborar como subordinados los residentes permanentes, lo cual a todas luces es absurdo, y desconocería las normas de carrera, regida, entre otros principios, por el de la igualdad, en la medida en que impediría que personas no residentes en el Archipiélago concursaran para proveer los cargos allí vacantes.

Es así como la Sala se aparta de la sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación y a la cual se refirió la parte demandada para sustentar su negativa, providencia en la cual se dejó dicho:

“Según las voces del artículo 5 del Decreto 2762 de 1991, sólo los residentes del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán ejercer dentro del territorio del Departamento el derecho a “trabajar en forma permanente”. Quien no sea residente del Archipiélago puede fijar temporalmente su residencia allí, siempre que obtenga la Tarjeta correspondiente –es el caso de la demandante– para el desarrollo de actividades laborales por un tiempo determinado, hasta un año prorrogable por lapsos iguales, sin sobrepasar los tres años, previo el cumplimiento de las disposiciones señaladas en este Decreto (artículo 7).

*“En el caso de autos, la demandante, por no estar dentro de los supuestos que contempla el artículo 2 del citado decreto, **estaba en la obligación de solicitar, antes de tomar posesión del cargo, la residencia temporal. Empero, no ocurrió así,***

porque primero se posesionó y posteriormente solicitó la residencia temporal que por obvias razones le fue negada (las negrillas no son del texto).

“Así las cosas, como se encontraba trabajando en el Archipiélago sin el respectivo permiso es evidente que nunca tuvo la calidad de residente temporal, única forma que le permitía laborar en la Isla (artículo 11)”.

Lo anterior, porque no tiene lógica que se diga que se debe solicitar primero la tarjeta de residencia temporal y luego sí tomar posesión del respectivo cargo, pues si aún no se ostenta la titularidad del cargo, por cuanto ello sólo se logra a partir de la posesión, entonces, con fundamento en qué se solicita la residencia temporal, máxime si se tiene en cuenta que pueden presentarse eventualidades tales como la de revocarse el nombramiento, no aceptarse el cargo, etc.

Además, es la propia Corte Constitucional la que en su sentencia T-1117 de 1993, mediante la cual ordenó a la OCCRE que expidiera a los actores la tarjeta de residencia temporal, ratificó que la limitación impuesta a aquellos mediante los actos acusados es ilegal:

“Por lo tanto, considera esta Sala que el parámetro claramente establecido por la jurisprudencia constitucional (que las restricciones sean razonables y respeten el principio de unidad nacional), implica que constituye una intervención ilegítima impedir que los funcionarios de la Contraloría General de la República designados mediante concurso de méritos puedan ingresar a la Isla para cumplir las labores de vigilancia y control fiscal en esta parte del territorio nacional (...) Ahora bien, pretende la OCCRE que la sentencia de constitucionalidad citada sea entendida de una manera compatible con su decisión respecto de los accionantes. Pero esa interpretación no es correcta. El criterio que fijó la Corte Constitucional fue el de razonabilidad. Además, el de los funcionarios nacionales es tan sólo un caso en el que claramente, prima facie, la decisión de restricción no sería razonable.

“... Encuentra la Corte entonces ajustado a la Constitución y la ley que la OCCRE decida, en algunos eventos, negar a un grupo de ciudadanos colombianos que desean irse a vivir al Archipiélago el derecho a permanecer en las Islas; pero cuando se trata de un funcionario de la Contraloría General de la República que tiene la importante y delicada misión de ejercer el control fiscal a las finanzas de quienes manejan dineros públicos, la situación es diferente, puesto que tales funcionarios tienen el deber de cumplir sus funciones constitucionales y legales en el ámbito territorial correspondiente”.

Es evidente que la negativa de la OCCRE a expedir la tarjeta de residencia temporal es inconstitucional e ilegal, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia apelada, con excepción de su numeral primero que será modificado en el sentido de declarar parcialmente la nulidad de los actos acusados, es decir, únicamente respecto de los actores, como quiera que tal decisión cobijó no sólo a los demandantes sino a otros siete funcionarios de la Contraloría General de la República, los cuales no demandaron las Resoluciones acusadas.

Por último, precisa la Sala que, contrario a lo afirmado por el Departamento de San Andrés no es cierto que la Corte Constitucional ordenó en la sentencia T-1117 de 1993 expedir la tarjeta de residencia temporal, entre otros, a los aquí también demandantes bajo la única consideración de que si a los funcionarios de la Procuraduría se les otorga la residencia temporal no existe mérito para darle un trato diferente a los funcionarios de la Contraloría General de la República, pues como ya se vio en los apartes transcritos de dicha sentencia, lo irrazonable de la medida de la OCCRE, aunado a la violación del principio de igualdad, fueron determinantes para tutelar, y de ahí que expresamente sostuvo:

“No obstante que lo dicho permite concluir que no era razonable que la OCCRE impusiera esta restricción a los funcionarios de la Contraloría General de la República, afectando así los derechos de quienes fueron elegidos para esos cargos, pasa esta Corporación a analizar si se trata de una posición constante de esta oficina con la cual pretende proteger con gran recelo la Isla, o si por el contrario se trata de un altísimo nivel de exigencia que solo se le impone a esta entidad del Estado. (...)

4.1. El universo de comparación natural de los miembros de la Contraloría General de la República son los miembros de la Procuraduría General de la Nación, puesto que ambos constituyen los organismos de control mediante los cuales la Constitución pretende garantizar el buen desempeño de los funcionarios del Estado y el buen manejo de los recursos públicos...

4.2. Según oficio remitido por la Procuraduría en la planta de personal de la Procuraduría Regional de San Andrés y Providencia en este momento se encuentran laborando 14 personas, de los cuales tan solo 2 son isleños, los 12 restantes provienen de diferentes partes del país e incluso del exterior (Atlántico, Bolívar, Valle, Bogotá, Cesar y Colón, Panamá).

“Desde el año 2000, año en que los funcionarios de la Contraloría inician su solicitud, de los 14 funcionarios de la Procuraduría han ingresado 7....

“Como se ve, la OCCRE no ha dado el mismo trato a los funcionarios de la Contraloría y de la Procuraduría. Mientras que a los unos les exige acreditar y probar debidamente su condición de “funcionarios nacionales” a los otros no, así la entidad donde prestan sus servicios se denomine “Procuraduría Regional”. A los primeros no los acepta por no ser de las Islas, a pesar de que su elección se realizó con base en un concurso público de méritos en el que participaron personas de las Islas, mientras que a los segundos, que se encuentran en cargos provisionalmente o en cargos de “libre nombramiento y remoción”, se les expidió su tarjeta de residencia sin ningún problema.

“Es decir, mientras que a los procuradores simplemente se les adelantó un trámite con fines de registro, como lo indica la sentencia C-530 de 1993 que debe hacerse, a los contralores se les sometió a un verdadero control que concluyó en una restricción a sus derechos, carente de razonabilidad. (...)

4.5. Así pues, en tanto que ni siquiera se satisface el primer paso del test de igualdad, es decir, no se cuenta con un fin legítimo que justifique el trato diferencial, es preciso concluir que los accionantes fueron efectivamente sometidos a un trato discriminatorio que violó sus derechos, y en consecuencia se revocará el fallo de instancia y se concederá la tutela, ordenando a la OCCRE que, si aún no lo ha hecho, expida las tarjetas de residencia de los accionantes para que estos puedan ingresar a San Andrés, Islas, a desempeñarse en los cargos que ganaron por concurso de mérito...»

**Marco Antonio Vellilla Moreno, Camilo Arciniegas Andrade,
Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta (Ausente Con Excusa),
Martha Sofía Sanz Tobón.**

EXTRADICIÓN

La prohibición de extraditar opera cuando se investiga y juzga por el mismo delito, pero la exportación e importación de estupefacientes constituyen conductas diferentes reprochables autónomamente

15 de octubre de 2009

Radicación: 11001-03-24-000-2005-00157-01

...«Con el declarado propósito de obtener la nulidad de los actos acusados y de lograr el pretendido restablecimiento de los derechos afectados, el apoderado del señor Infante Sánchez defiende la tesis según la cual, las conductas desplegadas por su representado, dentro de las que se encuentran las de exportar estupefacientes desde Colombia e importar tales sustancias en los Estados Unidos de América, son conductas constitutivas de un mismo delito, y por ende, su represión no puede ser objeto de diferentes condenas, por tratarse precisamente de un concurso de conductas punibles. De acuerdo con la anterior apreciación, si a alguien se le investiga y/o juzga en Colombia por exportar estupefacientes, esa misma persona ya no podría ser juzgada en el Estado al cual lleva esa sustancia, pues por tratarse de un mismo hecho, se estaría configurando una violación al principio del *non bis in Ídem*.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala encuentra oportuno reiterar el criterio expresado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 22 de mayo de 1996, con ponencia del H. Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda, en el sentido de señalar que si bien en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes se presentan unas actividades progresivas que van desde el cultivo de plantas hasta el consumo de tales sustancias, pasando por toda la gama de producción, almacenamiento, transporte, exportación, porte, comercialización, etc., basta simplemente con demostrar una sola de ellas para que la conducta típica se considere perfeccionada y completa. En todo caso ello no obsta “[...] para que en parte esos comportamientos se realicen en un territorio siendo merecedores de su reproche en él, y otra alcance su realización en el exterior, donde igualmente serán objeto de represión autónoma”.

Resulta igualmente pertinente traer colación la sentencia de 23 de abril de 1998 proferida por la Sala, Exp. Núm. 4151, Consejero Ponente, Manuel S. Urueta Ayola, en la cual se concluyó: “[...] *que no es cierto que la resolución demandada concedió la extradición del actor para que fuera juzgado por los mismos hechos por los cuales fue juzgado en Colombia, pues, en últimas, a aquél se le juzgó aquí por sacar cocaína y en Estados Unidos se pretende juzgarlo por un hecho punible diferente: el de importar cocaína a dicho país, conducta también prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, cuando emplea la expresión “introduzca al país”.*

A diferencia de lo que piensa el actor, los actos de exportar estupefacientes desde Colombia y su posterior importación en los Estados Unidos de América, si bien son etapas progresivas asociadas a una conducta criminal, constituyen dos delitos claramente distinguibles entre sí, así se encuentren ligados por un designio común, pues mientras el primero se comete en Colombia, el segundo es consumado en dicho país, haciéndose merecedor de reproche y de castigo. En esa misma línea de pensamiento, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante fallo de tutela proferido en el Exp. N° 05001-23-31-2001-0904-01, Consejero Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expresó que a la luz de lo dispuesto en el artículo 36, numeral 2, literal a), subliteral i), de la Convención Única de Estupefacientes y su protocolo de modificaciones de 1961, aprobada por la Ley 13 de 1974, las conductas consistentes en “[...] el cultivo, producción, fabricación, extracción, preparación, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho por cualquier concepto, carretaje, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, **si se cometen en diferentes países se considerará como un delito distinto o autónomo**”. (Las negrillas son ajenas al texto).

Las razones antes aducidas llevan a concluir que en el asunto planteado por el actor no se transgredió la prohibición de imponer dos o más sanciones por el mismo hecho, pues una cosa es que el señor Infante Sánchez haya cometido el delito de tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir en Colombia, y otra muy diferente que haya traficado con estupefacientes y conspirado para delinquir en los Estados Unidos. En virtud de lo expuesto, resulta claro que estamos en presencia de comportamientos ilícitos distintos que si bien son imputables al mismo sujeto, fueron realizados en países diferentes. Por lo anterior, las conductas ilícitas desplegadas por el señor Infante Sánchez son merecedoras de un reproche independiente, lo que descarta la violación al principio del non bis in ídem...».

María Claudia Rojas Lasso, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta,
Martha Sofía Sanz Tobón, Marco Antonio Velilla Moreno (Ausente con permiso).

IX. COMUNIDADES INDÍGENAS

Régimen especial de derechos, prerrogativas y privilegios

21 de mayo de 2009

Radicación: 11001-03-24-000-2004-00403-01

...«[L]as comunidades indígenas gozan en Colombia de un régimen especial de derechos, prerrogativas y privilegios previsto en diferentes preceptos de la Carta Política y en la normativa internacional que forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad (Artículos 93 y 53 de la C. P.).

En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, dejó expresa constancia en el preámbulo de nuestra Carta Política de que su expedición se inspiró en el propósito de “...fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...”, todo lo cual se acompasa con la fórmula que postula que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Lo anterior explica que la misma Constitución señale como fines esenciales del Estado, los de “...servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

En cumplimiento de tales designios, las autoridades se encuentran obligadas a proteger a todas las personas residentes en Colombia, incluyendo

desde luego a los miembros de las comunidades indígenas, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. En ese contexto, se entiende por qué el artículo 7° de nuestro estatuto constitucional establece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, la anterior disposición constitucional apunta al propósito de garantizar a los integrantes de aquellas comunidades minoritarias que no ostentan los valores culturales y sociales hegemónicos puedan ejercer sus derechos de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Este mandato, además, exige que no solamente se tomen por parte del Estado las medidas necesarias para incluir a los grupos diferenciados e impedir que sean marginados, sino también que se entre en diálogo con las minorías, a fin de comprender sus propios criterios de valor y su cosmovisión, en un tratamiento recíproco que excluya la posibilidad de imponer un parámetro común para todos los casos.

Como complemento de lo anterior, no puede perderse de vista que el artículo 13 superior consagró el principio de igualdad en los siguientes términos:

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Con arreglo a lo dispuesto en el precepto constitucional anteriormente transcrito, ha de entenderse que las autoridades tienen el deber de adoptar medidas que contribuyan a mejorar la condición socioeconómica y cultural de las comunidades indígenas, con el objeto de garantizar la igualdad real y efectiva de sus integrantes frente a los demás miembros de la comunidad nacional...».

**María Claudia Rojas Lasso, Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta,
Martha Sofía Sanz Tobón, Marco Antonio Velilla Moreno.**

COMUNIDADES INDÍGENAS

*Uso ancestral de la hoja de coca como manifestación
de su derecho a la identidad cultural*

18 de junio de 2015

Radicación: 11001-03-24-000-2011-00271-00

...«[D]esde el año 2002, el cultivo, elaboración y comercialización de la hoja de coca, para su uso en aromática, proveniente de territorios indígenas, está avalado por autoridades diferentes a la nativa, como la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, certificaciones de reconocidos científicos e instituciones, así como de reiteraciones Jurisprudenciales proferidas por la Corte Constitucional.

A la fecha, la Resolución citada goza de presunción de legalidad y tal como lo mencionó la actora, no ha sido cuestionada y se encuentra vigente, por ende, para la Sala es evidente que la Alerta censurada se encuentra falsamente motivada, pues en ella se manifiesta que el “El cultivo y uso de plantas como la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas, de acuerdo con los usos y prácticas derivados de su tradición y cultura, están restringidos a sus resguardos y no se ha autorizado la producción ni el consumo de estos productos para el resto del territorio nacional”, lo cual contradice tanto la Constitución Política, como la Resolución transcrita, pues si bien es cierto, que la misma se centra en la elaboración de aromática y respecto del Resguardo Calderas, también lo es que en su numeral tercero se amplía su comercialización, al autorizar a la referida comunidad la compra, transporte y comercialización de la hoja de coca, siempre que sea proveniente de cultivos en territorios indígenas, es decir, que no limita la autorización a la producción de aromática, ni que la hoja de coca, materia prima de ésta, sea proveniente de un resguardo determinado, ni que su mercadeo se efectúe dentro de zonas indígenas, lo que significa, que se permite su comercio a nivel nacional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 16, 18, 24 y 70 de la Carta Política.

Así mismo, la Resolución en cita, solo se limita a las restricciones legales establecidas en las Leyes 30 de 1986 y 67 de 1993, es decir, que no sea cultivada ni transformada ni comercializada como droga ilícita, estupefaciente, sustancia psicotrópica o afines a estas, lo cual, obviamente no es el caso, dado que tales comunidades indígenas emplean dicha planta para diversas funciones benéficas para la salud del ser humano, de acuerdo con la costumbre ejercida desde tiempos antiguos.

Lo anterior, se encuentra en consonancia con los diversos estudios y normativa expedida a nivel internacional y que ha sido adoptada en Colombia, no solo a través de la norma constitucional sino de Leyes que han respaldado la importancia de proteger la identidad cultural indígena, manifestada, entre otras, en el cultivo y comercialización de productos provenientes de la hoja de coca, como parte fundamental de su actividad social y la conservación de su tradición ancestral, entre otros aspectos.

El artículo 286 superior, reconoce los Territorios Indígenas, así como los Departamentos, Distritos y Municipios, como entidades territoriales, una entidad político - administrativa que dispone de cierta autonomía. Dentro de estas Entidades Territoriales Indígenas (ETI), las autoridades indígenas ejercerán funciones de gobierno autónomo, como la administración de los recursos económicos y la recaudación de impuestos (artículo 287 *ibídem*). La Constitución no dio instrucciones específicas para la creación de las ETI's y el reparto de competencias entre estas y el Gobierno Central, pero declaró que estas cuestiones podrían resolverse mediante la elaboración de una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Sin embargo, el artículo 330 *in fine*, proporciona una lista de funciones autónomas que ejercerán las autoridades indígenas en los territorios de su propiedad, sin que tal autonomía se limite a los territorios oficialmente reconocidos como ETI's. Las autoridades indígenas ejercen sus funciones autónomas dentro de los resguardos de las comunidades indígenas. Estos resguardos han sido definidos por el artículo 21 del Decreto 2164 de 1995, así:

“Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”.

No obstante regirse por un sistema normativo propio, de conformidad con lo señalado por la disposición legal en cita, el artículo 246 de la

Constitución Política, prevé que la autonomía jurisdiccional comporta la potestad de crear normas y procedimientos para resolver los conflictos de las comunidades, siempre que no se opongan a la Constitución y la Ley.

En la primera aproximación que se efectuó al sentido de esa disposición, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-254 de 94 (Ananías Narváez contra comunidad indígena de El Tambo) estimó que la autonomía jurisdiccional resultaba prevalente frente a normas legales dispositivas; pero en cambio, debía ceder en caso de incompatibilidad con cualquier norma constitucional o legal imperativa.

Posteriormente, mediante Sentencia T-349 de 1996, la Corte Constitucional planteó que la autonomía de las comunidades indígenas debe respetarse al máximo y que solo puede ser limitada frente a lo verdaderamente intolerable, a partir de un consenso intercultural de la mayor amplitud posible. De esa reflexión, nació el principio de maximización de la autonomía, que con el tiempo se convirtió en el criterio de interpretación más relevante en este tipo de procesos.

Así, pues, en Sentencia SU-510 de 1998, el Alto Tribunal recordó que los derechos fundamentales son mínimos de convivencia social y que deberán estar siempre protegidos de los actos arbitrarios de las autoridades. Señaló, que:

“La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”.

Nuevamente, mediante Sentencia T-514 de 2009, explicó la Corte que esa exposición (es decir, la presentada en la SU-510 de 1998) podría llevar a concluir que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, en tanto “mínimos de convivencia social”.

En sentencias T-1253 de 2008 y T-514 de 2009, la Corte Constitucional señaló que existen ámbitos de autonomía en los cuales la intervención de órganos externos a las comunidades indígenas resulta particularmente nociva, pues puede aumentar las tensiones entre las facciones en disputa o generar el rompimiento definitivo de sus relaciones y diálogos.

La Corte ha optado entonces por proteger la autonomía de las comunidades, sin acoger la posición de una de las partes en conflicto, sino promoviendo el agotamiento de nuevos espacios de participación y solución de conflictos. Entre esas alternativas puede evaluarse la intervención de comunidades cercanas, conocedoras de sistemas de derecho propio similares, asociaciones de cabildos, escuelas de derecho propio, médicos tradicionales, e incluso autoridades del Sistema Jurídico Nacional, siempre que esa mediación sea autorizada por la comunidad y los órganos que contribuyan en ella no pretendan imponer decisiones al grupo, sino facilitar el diálogo.

Como quedó reseñado en el acápite relativo al análisis sucinto de la normativa de las comunidades indígenas y en el alcance que de las mismas ha hecho la Corte Constitucional y esta Corporación, dichas comunidades se rigen por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y un sustento normativo propio, autonomía que encuentra los límites allí señalados, verbigracia en lo tocante al derecho a la vida, a la prohibición de torturas y esclavitud, etc. Empero, la mentada autonomía no implica considerar que cuando la actividad de la comunidad trasciende el interior de la misma, la autoridad, en este caso la administrativa, esté impedida de ejercer sus facultades, pues tanto dichas comunidades como las demás integrantes del territorio nacional se encuentran circunscritas a la Constitución y la Ley.

Por consiguiente, la Sala considera de gran relevancia determinar el análisis constitucional que el Alto Tribunal en la materia ha efectuado frente a la hoja de coca proveniente de territorios indígenas, de conformidad con la normatividad existente, su tradición milenaria e importancia en el desarrollo de la autonomía e identidad cultural de estos pueblos.

En efecto, se vislumbra que en sentencia T-477 de 25 de junio de 2012, dicha autoridad judicial fue enfática al señalar que dicha planta se constituye en un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio para estas comunidades, cuyo uso data de miles de años atrás y se encuentra amparado por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichos pueblos; y, masticar hoja de coca hace parte de una norma social, política y religiosa.

La mencionada Corporación, en sentencia C-882 de 23 de noviembre de 2011, efectuó un análisis normativo acerca del derecho que tienen estas comunidades de preservar su identidad cultural y la forma como el Estado debe protegerla, así:

“1.1.1. El artículo 1° de la Constitución adopta el pluralismo como valor y principio que guía nuestro ordenamiento. En clave con esta disposición, el artículo 7 señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. El reconocimiento de este principio, como ha resaltado esta Corporación, obedece a ‘(...) la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.’ Además, en los términos de la sentencia C-742 de 2006, la existencia de una Constitución cultural dentro de la Carta de 1991 y la protección de las diferentes manifestaciones culturales de la Nación obedece al reconocimiento de que los diálogos interculturales contribuyen a crear sociedades más organizadas que resuelven sus conflictos de una mejor manera. (...)”

2.5.14. Este derecho tiene además fundamento en varios instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que ‘[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma’.

Por su parte, Convenio 169 de la OIT indica en el artículo 4.1 que los estados tienen la obligación de adoptar las medidas especiales que se precisen para salvaguardar, entre otros aspectos, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas y tribales; luego, en el artículo 5, dispone que los estados, al aplicar el Convenio, deben reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos, así como respetar la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; por último, el artículo 8.2 reconoce el derecho de dichos pueblos a ‘(...) conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos’.

A su turno, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que estos pueblos tienen derecho a (i) conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5); (ii) ‘a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura’, para lo cual los estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por ‘[t]odo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica’ (artículo 8); (iii) ‘a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de

sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas’ (artículo 11.1); (iv) “a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos” (artículo 12.1); (v) “a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos” (artículo 13.1); y (vi) ‘a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital’ (artículo 24.1).

Por último, varias declaraciones y otros documentos provenientes de diferentes instancias internacionales, que sirven de guía hermenéutica de los derechos reconocidos en nuestra Carta y en el bloque de constitucionalidad, reconocen el derecho a la identidad cultural, especialmente en cabeza de las minorías étnicas y culturales. Por ejemplo, la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida en el marco de la Unesco en 2007, reconoce los derechos de todas las personas, individual y colectivamente (i) elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (artículo 3.a); (ii) a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3.b); y (iii) al acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4):

‘La libertad de expresarse, en público o en privado, en lo o los idiomas de su elección;

La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios ;

La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios;

El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.’

2.5.1.5. A nivel legal, la Ley 397 de 1997 –modificada por la Ley 1185 de 2008- resalta los derechos de los grupos étnicos y lingüísticos, las comunidades negras y raizales y los pueblos indígenas: (i) a conservar, enriquecer y difundir su

identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento de las mismas según sus propias tradiciones y a beneficiarse de una educación que asegure estos derechos; (ii) a la protección de sus lenguas (artículo 1°); (iii) a conservar los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural; (iv) a gozar de derechos de autoría colectiva con el fin de proteger sus lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes; (v) a recibir apoyo en sus procesos de etnoeducación; y (vi) a obtener estímulos para la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación (artículo 13). (...)

2.5.1.8. Finalmente, como en el mismo fallo se explicó, el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas puede ejercerse no solamente en los territorios indígenas sino en todo el territorio nacional. La Corte afirmó:

‘El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación.’

2.5.19. En resumen, el derecho a la identidad cultural otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi)

participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole.

Es claro, entonces, que existen suficientes antecedentes jurisprudenciales, como normativa internacional que ha sido acogida a nivel nacional a través de la Constitución y las Leyes, por medio de los cuales se respalda la diversidad étnica y cultural en sus distintas manifestaciones, pues tales comunidades gozan de una protección especial, debido a su condición de vulnerabilidad ante el resto de la humanidad, en la medida en que son conglomerados pequeños distribuidos en diferentes territorios a nivel mundial, arraigados a una cultura ancestral, sin poderío económico ni político.

Esta protección se traduce, entre otras, en el respeto a su identidad cultural, que aplicado al caso sub examine, adquiere gran relevancia, pues estudios tanto históricos como científicos han demostrado que el uso de la hoja de coca por parte de las comunidades indígenas hace parte fundamental de su tradición milenaria y tiene grandes beneficios medicinales como alimenticios.

Por consiguiente, no es admisible que el Estado colombiano, a través de entidades como el INVIMA, induzca a la comunidad en general a que se abstenga de consumir cualquier producto que contenga la hoja de coca, derivados de los territorios indígenas, dado que ello restringiría su desarrollo económico a nivel nacional, pues tal como se mencionó en el fallo transcrito, estos pueblos tienen derecho a proyectar su identidad “más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad”, ya que lo contrario, “... equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad”.

Para ser más precisos, en sentencia T-477 de 25 de junio de 2012, la Corte Constitucional trajo a colación una serie de estudios relativos a la cultura de la hoja de coca y sus usos en la población indígena, entre otros, mencionó el siguiente concepto emitido por Octavio García ‘Jotoma’ representante de Azcaita, Asociación Zonal de Cabildos Indígenas de Tierra Alta- Ticuna Uitoto, Acitu, aludido en sentencia Su-383-03, en el que se precisó que la coca:

“...es la mediadora de la interdependencia de todo lo que sucede en el universo de los indios: el trabajo, la fiesta, la producción, el recto pensamiento”; es ‘un alimento casi espiritual (año 1500 Profecía de Kjana Chuyma), es un recurso natural originario de los pueblos andinos, con más de 5000 años de producción y consumo. Su uso

tradicional como cohesivo social en rituales religiosos, como medicina y fuente de energía, en la adivinación y predicción del futuro, en la planificación del trabajo, como fuente de valor e intercambio, como acompañante fundamental en las labores agrícolas, como parte de la 'etiqueta' andina y de las buenas costumbres, fue un elemento sustancial de las diversas culturas que habitaron nuestra tierra antes de la llegada de los españoles”.

Así mismo, en el referido fallo T-477 de 25 de junio de 2012, el Alto Tribunal aclaró que si bien es cierto que la hoja de coca ha estado relacionada con la elaboración de cocaína como sustancia estupefaciente y sicoactiva, también lo es que en aras de salvaguardar precisamente el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas se ha avalado su consumo y producción siempre que estén ligados a dicha cultura.

En efecto, diversos análisis le permitieron concluir a la citada Corporación Judicial que *“el uso de la hoja de coca hace parte de la identidad cultural de las comunidades indígenas y que la persecución del narcotráfico no puede desconocer dicho derecho protegido por la Constitución. Su utilización por parte de este colectivo social, precisamente, se deriva del conocimiento creado por generaciones que han interactuado con esta planta y quienes le han atribuido el calificativo de sagrada en razón a los beneficios y atributos que la misma posee, tanto es así que no constituye solamente un alimento sino que es un elemento importante en la concepción social y religiosa de la comunidad.”.*

Entre los distintos beneficios encontrados, se resalta que dicha planta es fuente natural de energía, de calcio, vitaminas y riboflavina; ayuda a equilibrar el hambre, la sed y el cansancio de manera natural y sana; sirve, entre otros, para mermer dolores de cabeza, problemas estomacales, en general funciona como analgésico y anestésico local.

Así mismo, en la sentencia citada, la Corte Constitucional afirma que *“Quienes mambean regularmente dan fe de que protege las raíces de los dientes. Su uso tópico calma los dolores de los dientes. De hecho de ella se producen dentífricos (...) Tanto en Perú y Bolivia como en Colombia, durante muchos siglos la hoja de coca fue utilizada como alimento. Los indígenas precolombinos y sus herederos la utilizaron tostándola como alimento. El mambeo servía para recuperar energías (...) la resistencia para el trabajo fuerte parecía multiplicarse. El indígena se alimentaba de las hojas y apenas con un puñado de maíz o yuca, que pasaba con agua, mientras que el español necesitaba llenarse la panza (...) pero no es solamente la presencia de los alcaloides la que hacía de la hoja de coca un buen alimento. La hoja es rica en vitamina A y C y el mambeo proporciona calcio, hierro, fibras y proteínas. Y las calorías que significan para el organismo una nutrición’”.*

En síntesis, la referida Corporación Judicial precisó, en la sentencia citada, que la comercialización de la hoja de coca por las comunidades indígenas, se sustenta en el “principio constitucional de identidad cultural, a partir del cual se han emitido resoluciones provenientes de autoridades indígenas, debidamente reconocidas, que han autorizado la comercialización de este producto natural.”.

Así las cosas, es evidente para la Sala que el acto acusado, no solo se encuentra falsamente motivado, sino que contraría la Constitución Política y los Pactos Internacionales debidamente acogidos por Colombia, razón por la cual, se declarará su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala, Marco Antonio Velilla Moreno (Ausente en comisión).*

X. CONFLICTO ARMADO INTERNO

VÍCTIMAS DE SECUESTRO

Reconocimiento de salarios y prestaciones sociales para la familia que dependa económicamente del secuestrado

11 de marzo de 1999

Radicación: GE-SEC1-EXP1999-N4955

...«[A] Estado a quien le corresponde garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, conforme lo previene el artículo 2° de la Carta.

Sin embargo, los asociados tienen deberes y uno de los principales es respetar la vida y la integridad personal del resto de los asociados; y cuando se incumplen tales deberes no se puede adoptar una posición cómoda en el sentido de exigir que sea el Estado el que dé una solución efectiva, adecuada y oportuna al problema. Precisamente esa actitud de creer que todo lo debe dar y garantizar el Estado sin una contraprestación a cambio, sin un compromiso serio y un sacrificio de todos es lo que permite que delitos como el que se involucra en la norma acusada tomen ventaja hasta el punto de volverse incontrolables.

Como lo advierte el apoderado de la entidad demandada, en este caso hay un conflicto de intereses y existen intereses que tienen primacía frente a otros, como acontece con los del secuestrado frente a los de su empleador.

Ahora, en la medida de que se rescaten principios como el de la solidaridad y el respeto por la dignidad humana, que son los que se reflejan en la norma acusada, se está contribuyendo a la construcción de una sociedad mejor, de la cual puedan resultar beneficiados todos sus integrantes.

No observa la Sala la transgresión de las normas constitucionales a que alude la demanda, pues precisamente lo que la disposición acusada

hace es proteger a la familia que depende económicamente del trabajador secuestrado; tratar de hacer menos penosa la situación del secuestrado y de su familia si se cuenta con un salario mientras permanece en cautiverio.

En esta oportunidad prohija la Sala lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia T-015 de 23 de enero de 1995 (Expediente núm. T-49.824, Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara), en relación con el pago de salarios y prestaciones a la cónyuge de un secuestrado, en la cual precisó:

“...Debe hacer la Sala referencia al derecho que tienen los beneficiarios legales de una persona secuestrada en el ejercicio de sus actividades laborales, a percibir durante el tiempo que permanezca ilegítimamente privada de su libertad, los salarios y prestaciones correspondientes...”

“...Estima la Corte que la finalidad de las normas protectoras del trabajo tienden a satisfacer la justicia social y el equilibrio que deben guardar las relaciones entre trabajadores y empresarios las cuales quedan menoscabadas como sucede en el asunto que se examina, no por culpa del trabajador en lo que hace al desempeño normal de sus funciones sino que como se ha expresado, por razones de fuerza mayor, originadas en uno de los delitos más graves que atentan contra la vida, la dignidad humana, la libertad, el trabajo y la familia, cuyo sustento se ve afectado en perjuicio de víctimas inocentes del repudiable delito atroz del secuestro.

No puede olvidarse que el secuestro de una persona no está contemplado como causal legal de terminación o suspensión de la relación laboral y más bien, los principios enunciados que se fundan en la equidad y en los criterios de equilibrio social imponen la obligación de pagar el salario a quien, víctima de una desaparición forzada que por obra de terceras personas, se ve imposibilitado para prestar sus servicios, quedando en estado de indefensión...”

“...En estas circunstancias, estima la Corte que el pago de los emolumentos mencionados se justifica no obstante que el servidor público contra su voluntad, no hubiese efectivamente trabajado en razón del secuestro, el cual no solo atenta contra su dignidad humana, sino que además en forma ostensible por la misma causa a su familia como núcleo fundamental de la sociedad...”

Además, si bien es cierto que, conforme al artículo 22 de la Constitución Política, que señala la actora como violado, la paz es un derecho, también en dicha norma se prevé que es un deber de obligatorio cumplimiento, esto es, que correlativamente al derecho que se tiene es obligación de todos

buscarla y contribuir para alcanzarla, aún a costa de algunos de nuestros propios intereses.

También, conforme lo postula el artículo 95, numeral 2, de la Constitución Política, la solidaridad constituye un deber y ella se traduce, entre otras conductas, en realizar acciones humanitarias, como lo es la del reconocimiento de salarios y prestaciones sociales para la familia que depende económicamente del secuestrado, por encontrarse éste en situación de imposibilidad física de cumplir con el trabajo a su cargo.

Como lo hace notar el Agente del Ministerio Público, la disposición acusada no es violatoria del artículo 13 de la Constitución Política, pues no está prohibiendo que se extienda el seguro colectivo a los trabajadores independientes, sino que ella se concretó a la situación de los trabajadores dependientes.

Y, como lo precisó la Sala en sentencia de 8 de octubre de 1.998 (Expediente núm. 4906, Actor: Marcel Tangarife Torres, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), que ahora se reitera, el ejercicio de la potestad reglamentaria que consagra el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política no se agota con la expedición del decreto contentivo de la disposición acusada, pues nada impide que una ley pueda ser objeto de reglamentación parcial, es decir, que la materia a que ella se contrae pueda ser susceptible de varias reglamentaciones...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

ORGANIZACIÓN ARMADA AL MARGEN DE LA LEY

Reconocimiento de carácter político

6 de septiembre de 2001

Radicación: 11001-03-24-000-1999-05802-01(5802)

...«El carácter político de una organización armada al margen de la ley deviene de que tenga por objetivo la toma del poder, y este carácter fue reconocido por el Gobierno Nacional a la organización armada FARC, en aplicación de la facultad que le otorgó el artículo 8°, literales a) y b), de la Ley 418. La sindicación por delitos comunes y violaciones al Derecho Internacional Humanitario a tal organización, implicaría la responsabilidad penal y civil de sus autores, pero no priva a aquella de su carácter político, que deriva, ya se dijo, de su objetivo de conquistar el poder rebelándose contra las autoridades legítimas.

La Sala debe resaltar que el examen que le compete realizar acerca de la legalidad de los actos acusados, debe limitarse a confrontarlos con la normativa vigente al tiempo de su expedición, y no puede recaer sobre situaciones de hecho sobrevinientes.

No encuentra la Sala que se haya violado el artículo 40 de la Constitución, pues el reconocimiento de carácter político a una organización armada al margen de la ley no equivale a erigirla en partido o movimiento político, los cuales se encuentran definidos y reglamentados específicamente por la ley. Mal podría, entonces, condicionarse dicho reconocimiento a que la respectiva organización armada cumpliera los requisitos previstos para partidos y movimientos en el artículo 108 *ibidem*, o a su aprobación por el Consejo Nacional Electoral, siendo, como son, aquella y estos, formaciones u organizaciones disímiles en cuanto a su naturaleza, origen, y situación respecto del Estado de Derecho.

Tampoco considera la Sala fundado el cargo que plantea la violación del artículo 13 de la Carta ya que, como quedó dicho, carece de asidero la tesis según la cual el reconocimiento de carácter político a las organizaciones armadas se sujeta a los requisitos previstos en los artículos 107 y 108, *ibidem*. para el reconocimiento de partidos y movimientos políticos...».

*Olga Inés Navarrete Barrero, Camilo Arciniegas Andrade,
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

INSTALACIÓN DE LAS MESAS DE DIÁLOGO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA

La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento

4 de agosto de 2016

Radicación: 11001-03-24-000-2015-00377-00

...«[L]as Resoluciones controvertidas constituyen actos administrativos expedidos por el Presidente de la República a partir de un antecedente inmediato que resulta de trascendental observancia, esto es, el “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” suscrito entre los Delegados del Gobierno de la República de Colombia y de las FARC-EP el día 26 de agosto de 2012 en La Habana, Cuba –folios 54 a 59–.

Este Acuerdo marco fue el resultado, a su vez, del Encuentro Exploratorio que tuvo como sede también La Habana, Cuba, entre febrero 23 y agosto 26 de 2012, el cual contó con la participación como garantes de los Gobiernos de la República de Cuba y de Noruega, y con el apoyo del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela como facilitador de logística y acompañante. En efecto, una vez finalizó dicho Encuentro Exploratorio, el Presidente de la República expidió la Resolución núm. 314 de 24 de agosto de 2012 -folios 60 a 62- mediante la cual autorizó al señor Sergio Jaramillo Caro como Alto Comisionado para la Paz encargado de las funciones y al señor Frank Joseph Pearl González como delegado plenipotenciario del Gobierno Nacional para suscribir dicho Acuerdo con las FARC-EP, tal como tuvo lugar dos días después, como ya se dijo, el 26 de agosto de 2012, siendo autorizados también para suscribirlo pero en calidad de testigos del Gobierno Nacional los señores Alejandro Eder Garcés, Enrique Santos Calderón, Lucía Jaramillo Ayerbe, Jaime Avendaño Lamo y Elena Ambossi Turbay; no sobra advertir que la legalidad del acto administrativo contenido en la precitada Resolución núm. 314 de 2012 no fue demandado en el presente proceso.

El marco jurídico dentro del cual fue suscrito el “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, se encuentra inicialmente fundado en lo previsto, en cuanto a la paz, por el artículo 22 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.”

Al declarar la exequibilidad condicionada del artículo XXXI del “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá)” la Corte Constitucional en su sentencia C-269 de 2014, en cuanto a la protección del derecho a la paz y la exigencia del deber de solucionar los conflictos pacíficamente, consideró lo siguiente:

“7. Consideración final: afirmación constitucional de los principios internacionales de proscripción del uso de la fuerza para la resolución de disputas y de solución pacífica de controversias.

7.1. La Constitución Política establece, fiel al propósito constituyente, no solo que la Paz es uno de los propósitos de la Constitución (preámbulo) y uno de los fines del Estado (art. 2) sino también que es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (art. 22). Adicionalmente existen múltiples referencias constitucionales a la paz como propósito, como deber o como supuesto de normalidad institucional. Esta Corporación ha tenido oportunidad de caracterizar el significado y fundamento constitucional de la Paz en diferentes oportunidades. La sentencia C-579 de 2003 indicó lo siguiente:

“Uno de los fines esenciales de toda organización política es asegurar la convivencia pacífica, por ello la paz es uno de los primeros fines buscados por la comunidad (...), tal como se reconoció en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente: “La organización política tiene como fin primordial la convivencia pacífica. La paz fue uno de los principales fines buscados en el nuevo consenso social, al punto de ser llamado ese cuerpo “la Constituyente de la paz” (...). La paz es un presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales (...)

Desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida únicamente como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente (...). En este sentido puede considerarse como ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos (núcleo mínimo), como efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos (desarrollo máximo) o como la atenuación de los rigores de la guerra y la “humanización” de las situaciones de conflicto (Derecho Internacional Humanitario como manifestación del derecho a la Paz en tiempos de guerra) (...)

Por lo anterior, la paz ha sido reconocida como uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional tal como se evidencia en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (...), en varias de las disposiciones de la misma (...), en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (...), así como en el Preámbulo y en la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos (...). También en el contexto americano, tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, firmados en 1966, la Paz aparece como el fin al que se orienta el reconocimiento de los derechos allí mencionados (...).”

Así entonces la paz, en tanto se erige el fundamento de la organización política impone, además del deber evitar la guerra, la obligación de solucionar los conflictos mediante procedimientos pacíficos. Ese deber vincula a todas las autoridades y ciudadanos y, por ello, el ordenamiento jurídico debe prever mecanismos eficaces para prevenir y gestionar las disputas. El aseguramiento de la paz constituye un presupuesto necesario para la materialización de los propósitos y derechos definidos por el constituyente de 1991.”

A su vez, de conformidad con lo señalado en el artículo 188 y en el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos, además de que como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, le corresponde conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere perturbado.

Y en ese sentido, la Ley 418 de 1997, “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010, consagró en el Capítulo I de su Título I todas aquellas disposiciones previstas para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica, así:

“ARTÍCULO 8. <Artículo modificado por el artículo 3º de la Ley 1421 de 2010:> Los representantes autorizados expresamente por el Gobierno Nacional, con el fin de promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz, podrán:

Realizar actos tendientes a propiciar acercamientos y adelantar diálogos con los grupos armados organizados al margen de la ley;

Adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos a: obtener soluciones al conflicto armado, lograr la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario, el respeto de los derechos humanos, el cese de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de estos grupos, o lograr su sometimiento a la ley, y enmarcados en la voluntad de crear condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo.

Los acuerdos y su contenido serán los que a juicio del Gobierno sean necesarios para adelantar el proceso de paz y su cumplimiento será verificado por las instancias nacionales o internacionales que para el efecto y de común acuerdo designen las partes.

Estos acuerdos deben garantizar el normal y pleno funcionamiento de las instituciones civiles de la región en donde ejerce influencia el grupo armado al margen de la ley que los suscribe. (...)

PARÁGRAFO 1o. De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, aquel que bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

En ningún caso podrán establecerse órdenes especiales de localización a la Fuerza Pública para la creación específica de zonas de ubicación o de despeje de cualquier parte del territorio nacional.

PARÁGRAFO 2o. Una vez iniciado un proceso de diálogo, negociación o firma de acuerdos, y con el fin de facilitar el desarrollo de los mismos, las autoridades judiciales correspondientes suspenderán las órdenes de captura que se hayan dictado o se dicten en contra de los miembros representantes de las organizaciones armadas al margen de la ley con los cuales se adelanten diálogos, negociaciones o acuerdos de paz.

Para tal efecto, el Gobierno Nacional notificará a las autoridades señaladas el inicio, terminación o suspensión de diálogos, negociaciones o firma de acuerdos y certificará la participación de las personas que actúan como voceros o miembros representantes de dichos grupos armados organizados al margen de la ley. Las partes acordarán mecanismos de verificación conjunto de los acuerdos, diálogos o

acercamientos, y de considerarlo conveniente podrán acudir a instituciones o personas de la vida nacional o internacional para llevar a cabo dicha verificación.

Igualmente, se suspenderán las órdenes de captura que se dicten en contra de los voceros con posterioridad al inicio de los diálogos, negociaciones o suscripción de acuerdos, por el término que duren estos.

Se garantizará la seguridad y la integridad de todos los que participen en los procesos de paz, diálogos, negociaciones y acuerdos de que trata esta ley.

3o. Se entiende por miembro-representante, la persona que el grupo armado organizado al margen de la ley designe como representante suyo para participar en los diálogos, negociación o suscripción de acuerdos con el Gobierno Nacional o sus delegados.

Se entiende por vocero la persona de la sociedad civil que sin pertenecer al grupo armado organizado al margen de la ley, pero con el consentimiento expreso de este, participa en su nombre en los procesos de paz, diálogos, negociaciones y acuerdos. No será admitida como vocero, la persona contra quien obre, previo al inicio de estos, resolución de acusación.

PARÁGRAFO 4o. El Consejo Nacional de Paz de que trata la Ley 434 de 1998 servirá como instancia consultiva del Gobierno Nacional en todos los temas de política de paz de que trata la presente Ley.”

Asimismo y para tales efectos, responsabilizó al Presidente de la República del respectivo proceso:

“ARTÍCULO 10. <Artículo modificado por el artículo 4º de la Ley 782 de 2002:> La dirección de todo proceso de paz corresponde exclusivamente al Presidente de la República como responsable de la preservación del orden público en toda la Nación. Quienes a nombre del Gobierno participen en los diálogos y acuerdos de paz, lo harán de conformidad con las instrucciones que él les imparta.

El Presidente de la República podrá autorizar la participación de representantes de diversos sectores de la sociedad civil en las conversaciones, diálogos y negociaciones a que hace referencia este capítulo, cuando a su juicio puedan colaborar en el desarrollo del proceso de paz.”

Al estudiar los cargos de constitucionalidad endilgados contra el anterior artículo 8º, la Corte Constitucional anotó lo siguiente:

“7. Como acertadamente lo afirmaron algunos de los intervinientes, la Carta de 1991 es una “Constitución para la paz”. En efecto, el Constituyente otorgó a la noción jurídica de la paz un triple carácter, pues la consideró un valor de la sociedad, fundamento del Estado y de los derechos humanos (preámbulo); la concibe como un fin esencial que irradia el ordenamiento jurídico y que, como principio, debe dirigir la acción de las autoridades públicas (art. 2). Y, también la entiende como un derecho constitucional (art. 22), que si bien es cierto no es de aplicación inmediata, no es menos cierto que el mandato debe dirigir la acción de los particulares y las autoridades. (...)

8. Ahora bien, dentro de los medios para el mantenimiento y conservación del orden público, el Presidente de la República puede adoptar diferentes tipos de medidas, las cuales pueden oscilar entre las soluciones pacíficas de conflictos hasta la utilización de acciones coercitivas como el uso de la fuerza, tal es el caso de la declaratoria de estado de guerra para repeler la agresión exterior (C.P. art. 212). Sin embargo, los instrumentos pacíficos para la solución de conflictos se acomodan mejor a la filosofía humanista y al amplio despliegue normativo en torno a la paz que la Constitución propugna. De ahí pues que, las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado.

(...)

9. Además, la Corte considera que los principios del derecho internacional que propugnan la solución pacífica de los conflictos externos y señalan el deber de todo Estado de no recurrir en primera instancia a la amenaza o al uso de la fuerza, son plenamente aplicables al conflicto interno Colombiano, pues aquellas son reglas de conducta que imponen la interpretación de los derechos y deberes constitucionales. Así, el parágrafo 3° del artículo 2° de la Carta de las Naciones Unidas dispone que “los miembros de la organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”.

En tal contexto, debe recordarse que el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, preceptúa que “los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Por consiguiente, si, como se expresó anteriormente, la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, la interpretación del mismo en cuanto a la solución del conflicto armado colombiano no sólo debe efectuarse con base en la Constitución en sentido formal sino también en consideración con lo dispuesto en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En consecuencia, los principios

de arreglo pacífico y de exclusión de la fuerza para la solución de las controversias internacionales también deben aplicarse en el conflicto interno colombiano, lo cual demuestra que las soluciones concertadas para el logro de la paz prevalecen prima facie sobre otras medidas de fuerza.

10. *De otra parte, también debe recordarse que el derecho internacional público ha concebido la negociación como un método no jurisdiccional de solución pacífica de las controversias, por medio de la cual se confía el arreglo, principalmente, a las partes en conflicto. En tales casos, la buena fe y la confianza en los negociadores se convierten en factores determinantes para la consecución de la paz; lo cual, también es cierto, depende del momento histórico en que se desenvuelve el proceso que, en consecuencia, será evaluado políticamente. En síntesis, las partes en el conflicto interno deben valerse de los procedimientos de arreglo pacífico que sean más adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia.*

11. *Así las cosas, la Corte Constitucional considera que los órganos políticos tienen amplio margen de discrecionalidad para diseñar los mecanismos de solución pacífica de conflictos. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ya había dicho que diálogos de paz con grupos guerrilleros, la firma de acuerdos para el logro de la convivencia pacífica y la instauración de las zonas de verificación en donde se ubicarían temporalmente los grupos al margen de la ley, son instrumentos constitucionalmente válidos con que cuenta el Presidente de la República, en tanto y cuanto éste tiene a su cargo la conducción del orden público (...)*

13. (...) *Así, la Carta es el referente necesario y fundamento último de la actuación de los poderes constituidos, por lo que toda actuación debe condicionarse a la vigencia del Estado constitucional. En este sentido, el mantenimiento del orden democrático debe situarse de tal manera que no desborde el ordenamiento jurídico y el Estado de Derecho. Por ello, nunca pueden concebirse decisiones políticas o jurídicas, por más loables que sean, como excepciones a la propia institución superior, pues de ella dependen y su función es garantizarla.*

En tal virtud, aún las soluciones adoptadas dentro del proceso de paz deben ceñirse a los parámetros constitucionales, por lo que la Corte entrará a estudiar las razones por las que el demandante considera inconstitucional la norma acusada.”

La Sala considera, en medio de ese marco normativo y Jurisprudencial proclive y persuasivo hacia el diálogo, al consenso y a la salida pacífica del conflicto, que la Presidencia de la República no es simplemente una distinción formal, representa también y antes que nada una función y una responsabilidad material. Nuestra Carta Constitucional identifica al

Presidente como símbolo de la unidad nacional, escogido por los ciudadanos a través de los mecanismos de nuestro sistema democrático; es Jefe de Estado, de Gobierno y Suprema autoridad administrativa. Sus decisiones deben orientarse al bien de los asociados con consideraciones que van más allá de lo inmediato, que hagan del país un espacio propicio para el florecimiento de una sociedad próspera en la que se valore como un bien preciado la paz y el progreso.

El diálogo es un atributo por excelencia de la condición humana, es el principal medio de solución de conflictos y construcción de proyectos comunes de una sociedad. El diálogo no es la paz, pero puede conducir a ella. La paz encarna una categoría compleja, empieza apenas con el diálogo y, en nuestro caso, también con la cesación del conflicto armado, pero más allá que esto, encarna los valores de tolerancia, el respeto por lo diverso y la construcción común. (...)

La Sala encuentra que dicho acto administrativo no encarna situación distinta a la materialización de los compromisos mutuamente adquiridos entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional en dicho Acuerdo, lo cual implicaba que para el cumplimiento de lo allí consignado, se diera vía libre a la conformación de la Mesa de Diálogo, debidamente autorizada y dispuesta bajo el amparo estatal, tal cual se lo exigen al Presidente de la República los artículos 8º y 10 de la Ley 418 de 1997, en lo que se erige como punto de partida para desarrollar la agenda tendiente a obtener la solución pacífica y negociada del conflicto sostenido con dicho grupo armado.

Constituye la demandada Resolución núm. 339 de 2012 un acto instrumentador de la primera fase de los convenios a los que arribaron las partes, en cuanto que permitió canalizar y aterrizar a la realidad jurídica la decisión consensuada de establecer como pieza angular de la negociación una Mesa de Diálogo con sus respectivos representantes gubernamentales, la cual no hubiese podido obtener entidad jurídica propia de no haber sido por la manifestación de la voluntad inequívoca del Presidente de la República en desarrollo de sus funciones administrativas.

Este acto expedido como un catalizador del “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, creó una situación jurídica concreta y con verdaderos efectos en el ámbito jurídico al autorizar e instalar la Mesa de Diálogo, lo cual seguirá ocurriendo en el transcurso de las respectivas negociaciones en la medida en que otras

circunstancias requieran de la decisión del Ejecutivo para materializar lo acordado entre las partes en conflicto.

En este sentido, los argumentos de la demanda, según los cuales este acto adolece del vicio relativo a la falsa motivación porque (i) deja por fuera al grupo armado organizado al margen de la ley ELN atentándose así contra la paz que dice buscar y porque (ii) los hechos que ocurrieron después del nacimiento a la vida jurídica de las Resoluciones demandadas, esto es, los actos de terrorismo perpetrados por este último grupo, demuestran que son engañosas desvirtuándose así la presunción de legalidad que revisten, evidentemente no resultan de buen recibo para la Sala.

El actor más allá de enunciarlo no señala fuente de una obligación constitucional o legal alguna que le imponga el deber al Presidente de la República y a sus representantes utilizar el instrumento de la negociación y el diálogo de forma simultánea, unísona o concomitante con todos los grupos armados organizados al margen de la ley. Más aún, el marco normativo y jurisprudencial arriba explicado le otorga al Presidente de la República un amplio margen de libertad configurativa de los procesos de paz, así como del alcance y contenido de los mismos según las específicas necesidades y circunstancias por las que esté atravesando el país. Para el mes de agosto del año 2012, fecha en que fue suscrito el “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” y desde los mismos Encuentros Exploratorios, la coyuntura estuvo dada para que se iniciaran las conversaciones con las FARC-EP y el Acuerdo no se invalida o deslegitima por adelantarse con uno solo de los grupos armados -FARC-EP- que creyendo en la salida negociada del conflicto del cual es actor principal, decidió sentarse en la Mesa de Diálogo, lo que a todas luces no decidió el ELN.

Además, porque del contenido de la Resolución núm. 339 no se infiere que el Presidente de la República no considere fundamental la negociación con el ELN o la deshecho de plano, máxime si, precisamente, en el Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, a que se hizo mención en párrafos anteriores, expresamente se señala la disposición total del Gobierno y de las FARC-EP de llegar a un acuerdo, y la invitación a toda la sociedad Colombiana, sin distinción, incluidas otras organizaciones guerrilleras a las que invitan a unirse a ese propósito.

Por la misma razón, al ser las Resoluciones núm. 339 de 19 de septiembre de 2012 y núm. 108 de 18 de junio de 2015, actos instrumentadores y

materializadores de lo allá convenido, no resultan afectadas con el referido cargo de falsa motivación alegado en su contra por el demandante. Autorizar la instalación de la Mesa de Diálogo en la forma como fue prevista por las partes desvirtúa cualquier tipo de falsedad en sus consideraciones, en tanto que, como se dijo, el Acuerdo General fue adoptado en medio de las normas y Jurisprudencia que así facultaban al Gobierno Nacional.

A su vez, los actos de terrorismo a que alude el actor, desplegados por el ELN con posterioridad a la suscripción del Acuerdo General y a la expedición de los actos acusados, lejos de probar la existencia de falsa motivación en éstos, lo que permiten es reafirmar la necesidad de iniciar cuanto antes un diálogo permanente y fluido con dicha organización, instalar una Mesa de Diálogo y encontrar una pronta solución negociada a tal conflicto, o lo que es igual, insistir en las herramientas pacíficas para dirimir las controversias antes de persistir en las violentas.

No en vano, se repite, en el “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, tanto el Gobierno Nacional como las FARC-EP extendieron esa invitación así: “La construcción de la paz es un asunto de la sociedad en su conjunto que requiere de la participación de todos, sin distinción, incluidas otras organizaciones guerrilleras a las que invitamos a unirse a este propósito.”

Por lo tanto, bajo toda la perspectiva en la que se ha sido analizado el cargo propuesto por el actor y al no evidenciarse la falsa motivación endilgada, se mantendrá incólume la legalidad de los actos acusados, debiéndose denegar las pretensiones, con se hará en la parte resolutive de esta providencia...».

*Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala.*

XI. CONTROL FISCAL

CONTRALORÍAS TERRITORIALES

No tienen personería jurídica ni su titular es el representante legal

9 de diciembre de 1994

Radicación: CE-SEC1-EXP1994-N2685

...«1. - Sea lo primero advertir que en lo referente a las personas jurídicas de Derecho Público expresamente la ley les ha conferido la personería jurídica. En efecto, el artículo 80 de la Ley 153 de 1887, le atribuyó dicho carácter a la Nación, los Departamentos y los Municipios.

A las entidades descentralizadas del orden nacional, esto es: a los establecimientos públicos, el artículo 5o. del Decreto Ley 1050 de 1968; a las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 6o. *ibidem*, a las sociedades de economía mixta, el artículo 8o. *ibidem*, en concordancia con el artículo 98 del C. de Co. y las entidades descentralizadas indirectas el artículos 4o. del Decreto Ley 3130 de 1968.

Respecto de las entidades descentralizadas departamentales a los establecimientos públicos, el artículo 253 del Código de Régimen Departamental; a las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículos 255 *ibidem*; y a las sociedades de economía mixta, el artículo 256 *ibidem*, en concordancia con el artículo 98 del C. de Co.

A las entidades descentralizadas municipales el artículo 156 del Código de Régimen Municipal defirió el señalamiento de su naturaleza a las normas que contenga la ley, o sea, a las antes enunciadas de los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968.

En lo concerniente a las asociaciones de Municipios se la confirió el artículo 327 del Régimen Municipal; a las áreas metropolitanas el artículo

348 *ibidem* y la reiteró el artículo 2o. de la ley 123 de 1994; y a las regiones el artículo 306 de la Carta Política.

2.- En lo que toca con la presente controversia, estima la Sala que le asistió razón al *a - quo* cuando declaró la nulidad del inciso 2o. del artículo 1o. de la Ordenanza No. 014 de 5 de diciembre de 1991, expedida por la Asamblea Departamental de Santander, que dispuso que el Contralor actuará como “Representante Legal de la Contraloría en todos los actos y contratos. En efecto, las Contralorías no tienen personería jurídica dado que la ley no se la ha atribuido, por lo cual su titular no tiene la calidad de representante legal, ya que esta calidad sólo se predica de las entidades que tienen aquella naturaleza.”

El hecho de que la Constitución Política denomine a los entes fiscalizadores como “entidades” *per se* no los convierte en organismos dotados de personalidad jurídica.

Cabe observar a este respecto que el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993 “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” en su literal a) expresamente señala las entidades estatales dotadas de personería jurídica, dentro de las cuales no se hallan las Contralorías a diferencia de la enumeración taxativa que hacen en el literal b) *ibidem* donde relaciona entre otras, a las Contralorías como organismos o dependencias del Estado con capacidad para celebrar contratos. Y es que esta capacidad contractual no supone que las Contralorías tengan personería jurídica ni que la representación legal esté radicada en cabeza del titular del ente a quien se le atribuye. Así lo precisó la Sala en sentencia de 5 de agosto de 1991 (Expediente No. 2650, Actores: Armodio Ramos Castillo y otros, Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez), cuando en un caso similar al que hoy se controvierte, expresó:

“...No cabe duda sí que en lo que respecta a la representación legal que el artículo 2o. le atribuyó al Contralor Municipal, así como lo atinente a la supresión de la totalidad de la planta de personal a que se contrae en el inciso 1o. del artículo 6o. asistió razón al a quo para declarar su nulidad, pues las Contralorías no tienen personería jurídica como para que pueda técnicamente hablarse de que su titular es el representante legal, independientemente de que tengan capacidad contractual y autonomía administrativa y presupuestal...”.

Estos razonamientos conducen indefectiblemente a estimar que la representación legal de las contralorías corresponde, en este caso, al de la

persona jurídica: Departamento, que es el Gobernador, por mandato expreso del inciso 1o. del artículo 303 de la Constitución Política.

Es evidente entonces el quebranto del precepto constitucional antes mencionado y del 80 de la Ley 153 de 1887, invocados por el actor como vulnerados, razón por la cual habrá de confirmarse el fallo impugnando, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive en esta sentencia...».

*Yesid Rojas Serrano, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez,
Libardo Rodríguez Rodríguez (Salvamento de voto).*

CONTRALORÍAS TERRITORIALES

Si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y para obrar en los procesos contencioso administrativos

22 de octubre de 2015

Radicación: 63001-23-31-000-2008-00156-01

...«-. La legitimación en la causa por pasiva del municipio.-

7.1.29.- Finalmente corresponde a la Sala resolver el punto relativo a la falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción que ha sido planteada por el municipio de Armenia bajo el supuesto de que la Contraloría Municipal debe comparecer al proceso bajo la representación del Contralor General de la República.

7.1.30.- Para resolver la cuestión se impone aclarar que la capacidad para ser parte procesal se predica de los sujetos de derechos, es decir, de aquellas personas que, gracias a la personalidad jurídica que ostentan, son pasibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, o de quienes por expresa disposición legal cuenten con dicha capacidad. Distinta es la capacidad para obrar, que se refiere a la habilitación para actuar en el proceso. En tal sentido, es posible que una entidad goce de capacidad para ser parte más no de capacidad para obrar, o que, a contrario sensu, goce de capacidad para obrar más no para ser parte, circunstancia esta que suele ser recurrente en el derecho administrativo en tratándose de entidades que no gozan de personería jurídica. En tales eventos la llamada a ser parte en el proceso es la Nación dado que en esta recae el centro de imputación de derechos y obligaciones, de allí que el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 del 98 haya dispuesto que *“En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.”*

7.1.31.- La posición asumida por el Tribunal al negar la excepción propuesta por el Municipio de Armenia es fiel a la postura tradicional que distingue entre la capacidad para ser parte y la capacidad para obrar, a más de respetar la jurisprudencia que de tiempo atrás viene sosteniendo esta Corporación que impone la regla jurídica según la cual las Contralorías de orden territorial, si bien gozan de autonomía administrativa y financiera, no tienen personería jurídica y en consecuencia deben comparecer a los procesos judiciales con la entidad territorial de la que hacen parte.

7.1.32.- En efecto, a partir del auto 07 de marzo de 2002 proferido dentro del radicado número 25000-23-25-000-1999-0807-01 (1494-01) con ponencia del doctor Tarsicio Cáceres Toro, se ha sostenido la tesis según la cual si bien es cierto las contraloría territoriales gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, esto NO es patente para afirmar que dichas entidades cuentan con personalidad jurídica, toda vez que quien cuenta con tal calidad (ser persona jurídica) es el ente territorial al cual pertenecen.

7.1.33.- No obstante lo anterior, la Sala encuentra que tal postura jurisprudencial es contraria a lo regulado en el aludido artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998 que regula la representación y comparecencia de las entidades públicas a los procesos contenciosos administrativos, dado que dicha disposición legal es clara en señalar que *“las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.”*

7.1.34.- Como puede advertirse, el legislador fue claro en disponer que toda entidad que cumpla una función pública tiene capacidad tanto para ser parte como para obrar en los procesos que se ventilen ante esta Jurisdicción. En tal sentido la existencia de personería jurídica para comparecer directamente al proceso deviene en un condicionamiento adicional no contemplado por la ley, ya que esta se limitó a exigir que la entidad cumpliera una función específica catalogada como pública sin imponer otro tipo de requerimiento. En otras palabras, fue el legislador quien, en ejercicio de sus facultades constitucionales, otorgó capacidad de parte y de obrar a cualquier entidad pública. La lógica impuesta por el artículo 149 del CCA es plenamente consecuente con la realidad de la administración pública en la cual la personería jurídica no se erige como un atributo esencial para contraer obligaciones y comprometer la responsabilidad por parte de

quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa, de ahí que en nuestro derecho administrativo se acepte la existencia de entidades públicas con y sin personería jurídica.

7.1.35.- Bajo esta perspectiva la Sala no duda que la posición jurisprudencial debe ser cambiada y asumir desde ya que las contralorías territoriales, si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y capacidad para obrar en los procesos contencioso administrativos ya que así lo dispuso expresamente el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998. En tal sentido, la Sala revocará la decisión del a quo que negó la excepción propuesta por el municipio de Armenia y en su lugar la declarará probada...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Roberto Augusto Serrato Valdés, Guillermo Vargas Ayala.*

SUJETOS OBJETO DE CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL

No lo son las Empresas Sociales del Estado E.S.E.

27 de mayo de 2010

Radicación: 11001-03-24-000-2003-00053-01

...«El inciso 3° del artículo 267 de la Constitución Política establece que en los casos excepcionales previstos en la ley, la Contraloría General de la República podrá ejercer el control posterior sobre cuentas de “cualquier entidad territorial”; en concordancia, el artículo 272 dispone que el control sobre la gestión fiscal de los municipios, distritos y departamentos recae en las Contralorías Departamentales.

En desarrollo de las citadas normas constitucionales fue expedida la Ley 42 de 1993 sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y las entidades encargadas de ejercer ese control. El artículo 26 de dicha ley se ocupó específicamente del control posterior excepcional a cargo de la Contraloría General de la República en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 26. La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos:

a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.

b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.”

Dado lo anterior y en ejercicio de las facultades contenidas en los artículos 6° del Decreto Ley 267 de 2000, 26 de la Ley 42 de 1993 y 24-7 y 81 de la Ley 617 de 2000, la Contraloría General de la República expidió la Resolución 5305 de 2002, mediante la cual establece la competencia para el

conocimiento y trámite de la acción de responsabilidad fiscal en la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones. El artículo 19 de la resolución en comento, estipula que la solicitud con que se promueva el control posterior excepcional debe contener, entre otros, la *“exposición de los hechos que sirven de fundamento a la solicitud debidamente determinados en cuanto a lugar de su ocurrencia, fecha, clase y número de acto cuestionado, y demás circunstancias que sirvan para decidir sobre la admisión de la misma”*

Al revisar los documentos obrantes en el expediente, la Sala observa que si bien las solicitudes no contienen una exposición concreta de los hechos en la forma y con las características exigidas en la Resolución 5305 de 2002 si delimitan el campo de acción sobre el cual recaerá el control de la Contraloría General de la República, además no puede perderse de vista que los requisitos allí exigidos van más allá de lo dispuesto en la Constitución Política y en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 que disponen ese control excepcional sobre las cuentas de cualquier entidad territorial únicamente condicionada a que lo solicite el gobierno departamental, municipal o distrital o cualquier comisión permanente del congreso o la ciudadanía.

Así por ejemplo, el Alcalde del municipio de Baranoa pone de presente que no ha sido posible el proceso de empalme y que existen irregularidades del orden de disponibilidad presupuestal, adiciones presupuestales sin autorización del Concejo Municipal y exceso de gastos de funcionamiento.

Todo lo anterior, lleva a la Sala a concluir que en el asunto de la referencia sí ocurrió el supuesto de hecho exigido por la Ley para ordenar el control posterior excepcional de los municipios de Puerto Colombia, Tubará, Usiacurí, Suan, Juan de Acosta, Galapa, Luruaco, Repelón, Polonuevo, Baranoa y Campo Cruz por parte de la Contraloría General de la República, en tanto los representantes legales de tales municipios elevaron la solicitud a la que hace referencia el literal a) del artículo 26 de la Ley 42 de 1993.

Idénticas consideraciones merece el control posterior excepcional solicitado por la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes sobre el Área Metropolitana de Barranquilla, pues aunque está definida como una entidad administrativa, tiene carácter de entidad territorial en la medida en que está integrada por entidades territoriales, particularmente y de acuerdo con el artículo 319 de la Carta Política, *por dos o más municipios que tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana* y, bajo tal perspectiva, le cabe el control fiscal referido en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993.

Por consiguiente, la Sala no declarará la nulidad de los autos 187 de 25 de junio de 2002; 201, 203, 203, 204, 205, 206, 207 de 5 de julio de 2002; 246 de julio 17 de 2002; 264 y 265 de 26 de julio de 2002 y 345 de 17 de septiembre de 2002, mediante los cuales la Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para Investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva– asumió el control fiscal posterior excepcional sobre las cuentas de las entidades territoriales antes mencionadas.

En cuanto a la solicitud de control excepcional posterior presentada por la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes respecto de la E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla, resulta pertinente apuntar que a través de los actos acusados, la Contraloría General de la República ejerció el control fiscal excepcional que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, solo puede ejecutarse sobre las cuentas de las entidades territoriales, más no sobre aquellas empresas sociales del estado como quiera que ni el constituyente ni el legislador otorgaron dicha facultad al órgano de control.

Bajo ese entendido, asiste razón a la demandante cuando alega falsa motivación del auto 188 de 25 de junio de 2002, dado que las empresas sociales del estado son entidades descentralizadas que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y, por ende, son independientes de las entidades territoriales y diferentes de estas, luego no les es aplicable el control excepcional posterior referido en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 que sirvió de fundamento para su expedición.

Lo dicho no implica que las E.S.E estén exentas de control fiscal, sino que no están sujetas al control excepcional posterior aplicable a las entidades territoriales, aunque sí lo están respecto de aquel que realizan los contralores departamentales y municipales quienes, por expresa disposición constitucional, ejercen en el territorio de su jurisdicción las mismas funciones asignadas por la Constitución Política al Contralor General de la República.

Por las razones expuestas, la Sala declarará la nulidad del auto 188 de 25 de junio de 2002, mediante los cuales la Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva dispuso el control excepcional posterior sobre la E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla...».

*Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.*

SUJETOS OBJETO DE CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL

*Lo son las entidades territoriales y las entidades que las conforman
con inclusión de las del sector descentralizado por servicios*

5 de marzo de 2015

Radicación: 11001-03-24-000-2004-00288-01

...«Alcance de la expresión “entidad territorial” como sujeto pasivo del control fiscal excepcional. Rectificación de jurisprudencia

El contenido del artículo 267 inciso 3 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 y por el 81 de la Ley 617 de 2000, coinciden al unísono en señalar que el control posterior excepcional por parte de la Contraloría General de la República, recae sobre las cuentas de las entidades territoriales. Por su parte, el artículo 286 de la Constitución Política, señala expresamente cuáles son las entidades territoriales al señalar:

“ARTÍCULO 286. *Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.*

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Con fundamento en esta norma superior y de cara al presupuesto de hecho contemplado en las normas que regulan el procedimiento de responsabilidad fiscal, esta Sala declaró la nulidad de un acto administrativo proferido por la Contraloría General de la República, mediante el cual pretendía asumir el control fiscal excepcional respecto de una Empresa Social del Estado, al considerar en esencia, que este tipo de entidades por ser descentralizadas no son entidades territoriales. En el fallo se dijo lo siguiente:

“En cuanto a la solicitud de control excepcional posterior presentada por la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes respecto de la E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla, resulta pertinente apuntar que a través de los actos acusados, la Contraloría General de la República ejerció el control fiscal excepcional que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, solo puede ejecutarse sobre las cuentas de las entidades territoriales, más no sobre aquellas empresas sociales del estado como quiera que ni el constituyente ni el legislador otorgaron dicha facultad al órgano de control.

Bajo ese entendido, asiste razón a la demandante cuando alega falsa motivación del auto 188 de 25 de junio de 2002, dado que las empresas sociales del estado son entidades descentralizadas que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y, por ende, son independientes de las entidades territoriales y diferentes de estas, luego no les es aplicable el control excepcional posterior referido en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993 que sirvió de fundamento para su expedición.

Lo dicho no implica que las E.S.E estén exentas de control fiscal, sino que no están sujetas al control excepcional posterior aplicable a las entidades territoriales, aunque sí lo están respecto de aquel que realizan los contralores departamentales y municipales quienes, por expresa disposición constitucional, ejercen en el territorio de su jurisdicción las mismas funciones asignadas por la Constitución Política al Contralor General de la República. Por las razones expuestas, la Sala declarará la nulidad del auto 188 de 25 de junio de 2002, mediante los cuales la Contraloría General de la República – Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva dispuso el control excepcional posterior sobre la E.S.E. Hospital Universitario de Barranquilla”. (Sentencia del 27 de mayo de 2010 radicación 11001-03-24-000-2003-00053-01 M.P. María Claudia Rojas Lasso)

En vista de que el artículo 267 superior es explícito en señalar, que el control excepcional recae sobre las cuentas de las entidades territoriales y que existe un precedente jurisprudencial que con fundamento en esta directriz, descartó la procedencia del control excepcional para una entidad descentralizada del orden territorial, considera la Sala necesario rectificar esta postura, en el sentido de que el control excepcional no se puede limitar únicamente a la vigilancia de las cuentas de las entidades territoriales sino que también debe comprender a las de las entidades que la conforman, con fundamento en los siguientes planteamientos:

La Constitución Política en el artículo 272 reconoció el control fiscal a nivel territorial en los siguientes términos:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”.

Por su parte, el artículo 4° del Decreto 267 del 22 de febrero de 2000 “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, establece lo siguiente:

“Artículo 4. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público;
2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas;
3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas;
4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas;
5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible;
6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes recursos nacionales o que tengan origen en la nación;
7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;
8. **Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía;**
9. Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998;
10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;
11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación;
12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación”. (subrayas del Despacho) (el numeral en negrita fue objeto de demanda)

Es preciso mencionar que mediante sentencia C-1176 del 24 de noviembre de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, declaró la exequibilidad del numeral 8 del artículo 4 transcrito, al considerar lo siguiente:

“En cuanto a los sujetos sobre los cuales se ejerce la vigilancia fiscal, cabe mencionar, que independiente de la naturaleza pública o privada, o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada. Por lo que es claro, que el artículo 267 de la Constitución, al disponer que la Contraloría General

de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, sin excepción alguna, consagra una cláusula general de competencia para ésta entidad, a la cual se le encomendó, de manera exclusiva y excluyente, la función pública de control fiscal”

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 489 de diciembre 29 de 1998 “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, establece lo siguiente:

“Artículo 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a. La Presidencia de la República;
- b. La Vicepresidencia de la República;
- c. Los Consejos Superiores de la administración;
- d. Los ministerios y departamentos administrativos;
- e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e. Los institutos científicos y tecnológicos;
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1º.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2º.- A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración

o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos”.

Teniendo de presente que el inciso 6° del artículo 272 de la Constitución Política, dispone que “los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268”, la Sala encuentra válido afirmar que los sujetos de vigilancia y control por parte de la Contraloría General de la República a nivel nacional que señala el artículo 4° del Decreto 267 de 2000, resultan ser los mismos que a nivel territorial o de su jurisdicción le corresponderá entonces vigilar a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Dejando en claro lo anterior, se rectificará la postura de esta Sala sentada en la sentencia del 27 de mayo de 2010, en el sentido de que el control fiscal excepcional lo podrá avocar la Contraloría General de la República respecto no sólo de las cuentas de las entidades territoriales sino también de las entidades que las conforman, incluyendo las del sector descentralizado por servicios, cuyo control fiscal de manera ordinaria o regular le corresponde adelantar a las contralorías territoriales según su jurisdicción. Para los efectos anteriores, se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 68 de la Ley 498 de 1998 que establece:

“Artículo 68.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1°.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Parágrafo 2°.- Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°.- Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993”.

Bastan las anteriores consideraciones desarrolladas hasta esta altura de la disertación, para declarar ajustado a derecho el control fiscal excepcional asumido por la Contraloría General de la República, para asumir la gestión fiscal de lo relacionado con la contratación llevada a cabo en el IDU para el sistema Transmilenio, por tratarse de entidades que conforman o hacen parte de la entidad territorial “Distrito Capital”. Por tanto, la Sala se abstendrá de efectuar pronunciamiento acerca de la naturaleza jurídica de la entidad vigilada IDU y de los recursos públicos de Transmilenio, en el sentido de definir si son propios del distrito capital o si se trataba de recursos provenientes del presupuesto nacional. Del mismo modo, no se pronunciará sobre los hechos materia de reforma de la demanda relativos a que los contratos de interventoría son pagados con presupuesto exclusivo del Distrito Capital, por cuanto estos asuntos sitúan la discusión en el tema del control fiscal prevalente, tema que ha sido lo suficientemente decantado por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 364 del 2 de abril de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, al referirse al tema de los recursos endógenos y exógenos, en los siguientes términos:

“El equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede obviamente regular las cuestiones vinculadas a un interés nacional, pero no debe vulnerar el contenido esencial de la autonomía de las entidades territoriales, y en particular debe respetar «los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses.

Por ello, en desarrollo de estos principios, la Corte tiene bien establecido que la facultad de injerencia de la ley en los recursos de las entidades territoriales es distinta, según que se trate de dineros que provienen de los ingresos de la Nación (recursos exógenos), o de recursos que provienen de fuentes propias de las entidades territoriales (recursos endógenos). Así, es obvio que en relación con recursos territoriales provenientes de fuente endógena (recursos propios), la posibilidad de intervención de la ley es restringida, pues de otra forma la autonomía financiera de las entidades territoriales se vería vulnerada. En cambio, la ley puede regular más intensamente la forma de utilización de los recursos territoriales exógenos. (...)

La Contraloría General de la República tiene facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional.

El control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación será prevalente, ya que en tanto órgano superior del control fiscal del Estado, «no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que se ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2, C.P.)». (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito, queda claro que la Contraloría General de la República ejerce el control de la gestión fiscal de manera prevalente, según sea el caso y la presencia de los recursos públicos de la entidad sujeto de vigilancia fiscal, reconociendo en todo caso la autonomía e independencia de las entidades de control territoriales. Por ello, es reiterativo en señalar que en tratándose de recursos endógenos – al ser producidos por la propia entidad territorial-, la intervención de la Contraloría General de la República debe ser excepcional.

En vista de que Transmilenio y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, son entidades cuya gestión fiscal es objeto de control fiscal ordinario por parte de la Contraloría de Bogotá dada su jurisdicción, en virtud del artículo 267 inciso 3º, sí era posible que excepcionalmente su control fuera asumido por la Contraloría General de la República, siempre y cuando se cumplieran los requisitos exigidos en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, como se verá enseguida...».

María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala, Marco Antonio Velilla Moreno.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Deber de demandar el acto que declara fiscalmente responsable, así como los que resolvieron los recursos de reposición y apelación, en cuanto confirman dicha declaratoria

17 de julio de 2008

Radicación: 25000-23-24-000-2001-00310-01

...«En primer término, la Sala precisa que mediante el Fallo con Responsabilidad Fiscal 25 de 30 de junio de 2000, la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, entre otras decisiones, declaró fiscal y solidariamente responsables a la actora y al señor Julián Palacio Luján en cuantía de setenta y seis millones setenta y cinco mil pesos (\$76'075.000.00), decisión que fue objeto de los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos, en su orden, por las Resoluciones 209 de 2 de septiembre de 2000 y 7787 de 20 de noviembre del mismo año, esta última proferida por el Contralor General de la República, confirmándolo.

Con fundamento en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, según el cual, *“En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme”*, la actora demandó únicamente la Resolución 7787 de 20 de noviembre de 2000 y no así el Fallo con Responsabilidad Fiscal 25 de 30 de junio de 2000 ni la Resolución 209 de 2 de septiembre de 2000.

Ante la pretensión anterior, el Tribunal Administrativo le ordenó corregir la demanda, para que indicara *“... con claridad qué actos se demandan”* (art. 137-2 C.C.A.), decisión que fue recurrida por la actora, quien adujo que de conformidad con el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 no tenía alternativa distinta a la de demandar el acto que resolvió el recurso de apelación contra el fallo con responsabilidad fiscal dictado en su contra, dado que dicho precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional, frente a lo cual el *a quo* decidió dar trámite al asunto.

Sobre el particular, la Sala considera necesario precisar que la disposición antes trascrita debe entenderse en armonía con lo dispuesto sobre el mismo aspecto por el C.C.A., pues si bien es cierto que el artículo 1º del C.C.A. preceptúa que “Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas”, también lo es que a continuación señala que “en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”, lo cual significa que la ley especial se aplica de manera preferencial sobre la Parte Primera del C.C.A., única y exclusivamente respecto del procedimiento administrativo especialmente regulado, más no respecto de la Parte Segunda del C.C.A., que se refiere al control jurisdiccional de la actividad administrativa. El artículo 138 del C.C.A. establece:

“Artículo 138.- Individualización de las pretensiones. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión. Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente.

“Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”.

Interpretando de manera armónica lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 con lo dispuesto en el artículo 38 del C.C.A., es claro para la Sala que cuando el primero de los citados señala que solamente deberá demandarse el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme, por dicho acto administrativo debe entenderse, en este caso, el que declaró fiscalmente responsable a la actora, así como los que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra dicha declaratoria, por cuanto la confirmaron.

Sin embargo de lo anterior, como quiera que el Tribunal aceptó el argumento propuesto por la actora contra el auto que ordenó corregir la demanda, sumado a que la demandada nada dijo sobre el particular, no es del caso en este momento procesal referirse a los presupuestos procesales de la demanda, pues según el Tribunal éstos se cumplieron al haberse demandado la Resolución 7787 de 20 de noviembre de 2000, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal 25 de 30 de junio del mismo año...».

*Marco Antonio Velilla Moreno, Camilo Arciniegas Andrade,
Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Martha Sofía Sanz Tobón.*

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

Solo se exige demandar el acto principal en el cual no se incluyen los actos que resuelven los recursos

20 de noviembre de 2014

Radicación: 25000-23-24-000-2006-00428-01

...«Sea lo primero advertir que el actor demandó los siguientes actos administrativos: (i) Fallo de responsabilidad fiscal No. 36 de 26 de abril de 2005, (ii) Auto de 11 de agosto de 2005, por el cual se corrige el fallo con responsabilidad; y (iii) Auto de 30 de noviembre del mismo año, por el cual se resuelve el recurso de apelación.

Sin embargo, la Sala da cuenta que en el expediente reposa el Auto de 20 de septiembre de 2005 proferido por el Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C., por el que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 11 de agosto de 2005, y el cual no fue demandado por la parte actora ante esta Jurisdicción.

Al respecto, no sobra anotar que en tratándose de los procesos adelantados en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, como es el sub examine, esta Sección ha señalado reiteradamente que en el supuesto en que no sea demandado el acto por el que se resuelve el recurso de reposición se presenta una falencia en la individualización de las pretensiones en desconocimiento del artículo 138 del C.C.A., que genera el proferimiento de un fallo inhibitorio.

Pues bien, sea esta la oportunidad para precisar que en la litis bajo examen, tal omisión procesal no acarrea la consecuencia anotada por cuanto frente al proceso de responsabilidad fiscal existe norma especial que ordena demandar ante esta Jurisdicción solamente el acto con el cual termina el proceso una vez éste se encuentre en firme; de forma tal que para los procesos de tal naturaleza no resulta en modo alguno necesario incluir la

Resolución concerniente al recurso de reposición dentro de las peticiones de la demanda, para que aquellas se entiendan cabalmente individualizadas, puesto que el artículo 59 de la Ley 610 del 2000, establece:

“Artículo 59. Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme”.

Así las cosas, es del caso dar aplicación preferente a la norma especial transcrita, por lo que esta Sección procederá a desarrollar el estudio de la alzada, sin que se advierta vicio alguno que lo impida.

Cabe resaltar que en Sentencia de 17 de junio de 2008, Expediente No. 2001-00310, Consejera Ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón, la Sala precisó lo siguiente en relación con el artículo 59 de la Ley 610 del 2000:

“Sobre el particular, la Sala considera necesario precisar que la disposición antes transcrita debe entenderse en armonía con lo dispuesto sobre el mismo aspecto por el C.C.A., pues si bien es cierto que el artículo 1º del C.C.A., preceptúa que “Los procedimientos administrativos regulados por Leyes especiales se regirán por éstas”, también lo es que a continuación señala que “en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles”, lo cual significa que la ley especial se aplica de manera preferencial sobre la Parte Primera del C.C.A., única y exclusivamente respecto del procedimiento administrativo especialmente regulado, más no respecto de la Parte Segunda del C.C.A., que se refiere al control jurisdiccional de la actividad administrativa. El artículo 138 del C.C.A., establece:

Artículo 138. Individualización de las pretensiones. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión”.

Interpretando de manera armónica lo dispuesto en el C.C.A., es claro para la Sala que cuando el primero de los citados señala que solamente deberá demandarse el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme, por dicho acto administrativo debe entenderse, en este caso, el que declaró fiscalmente

responsable a la actora, así como los que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra dicha declaratoria, por cuanto la confirmaron.”

En esta oportunidad, la Sala **rectifica** la anterior posición jurisprudencial para adoptar, en su lugar, el criterio que antecede cual es, el que en materia de responsabilidad fiscal, por existir norma especial (artículo 59 de la Ley 610 del 2000) solo se exige demandar el acto principal en el cual no se incluyen los actos que resuelven los recursos; obviamente que la acción se debe interponer dentro del término de caducidad, que se contará a partir de la firmeza del acto principal, lo cual también supone el previo agotamiento de la vía gubernativa...»

*Guillermo Vargas Ayala, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

XII. CORPORACIONES PÚBLICAS

QUÓRUM Y MAYORÍAS DE CORPORACIONES PÚBLICAS

Cada Comisión debe tener quórum decisorio para tomar decisiones

16 de julio de 1998

Radicación: CE-SEC1-EXP1998-N4830

...«La lectura atenta de los artículos invocados [artículos 24, 25, 31 y 73 de la Ley 136 de 1994] por la parte recurrente como fundamentos del primer cargo no muestra que sea necesaria la presencia del Presidente, ni tampoco la del Vicepresidente de una comisión para que ésta pueda válidamente sesionar en forma conjunta con otra comisión de la misma corporación, con el objeto de adelantar el primer debate de un proyecto. En efecto, los citados artículos de la ley 136 de 1994 tratan, en su orden, de la invalidez de las reuniones de los concejos, de sus comisiones permanentes y accidentales, del reglamento y de los debates de la corporación, pero no de la sesión conjunta de dos de sus comisiones. En el mismo orden de ideas, el artículo 47 del Acuerdo 50 no se refiere tampoco a la sesión conjunta de dos comisiones permanentes de la Corporación.

Además, la Sala observa que el Acta de la sesión conjunta está firmada por un Presidente y dos Secretarios, lo que indica que si bien pudo no asistir el Presidente de una de las dos comisiones que sesionarían conjuntamente sí lo hizo el Presidente de la otra comisión, lo que es suficiente para que se adelantara el orden del día previsto. (...)

El segundo cargo afirma que se violó el artículo 84 del Reglamento Interno porque los asistentes a la sesión de las dos comisiones votaron los artículos del proyecto conjuntamente y no en forma separada, como lo ordena la norma invocada. El citado artículo 84 del Reglamento dice: “Concluido el debate, cada Comisión votará por separado, pero la decisión

final será la resultante de la sumatoria de los votos emitidos en una y otra Comisión, con lo cual se entenderá surtido el primer debate”.

Respecto de este cargo la situación de hecho es la siguiente: la Comisión Primera está conformada por 7 concejales y la Comisión Tercera, por 5 concejales, lo que arroja un total de 12 concejales. En la sesión del 29 de septiembre de 1996) respondieron el llamado a lista 10 concejales, con la observación de que uno de ellos se retiró en el curso de la sesión, de manera que el número de concejales quedó en 9. (...)

[E]l proyecto fue aprobado artículo por artículo, con resultados que fueron de 7 a 9 votos. Si se tiene en cuenta que las dos comisiones estaban integradas por 12 concejales, habrá necesariamente de concluirse que el proyecto de Acuerdo fue aprobado aritméticamente por un número suficiente de votos, pues el *quórum* decisorio, de acuerdo con el artículo 29 de la Ley 136 de 1994, está constituido por la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, y, de acuerdo con el artículo 30 *ibidem*, “En los concejos y sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial”, hipótesis ésta que no se presenta en el asunto examinado.

Indican las normas legales referenciadas que frente al número de 12 concejales integrantes de las comisiones tercera y primera, en el caso de la sesión conjunta comentada, el *quórum* decisorio era de 7 concejales, siendo en dicho caso la mayoría de 4, por lo cual debe concluirse que los artículos del proyecto de acuerdo fueron aprobados por la mayoría prevista en la ley y los reglamentos, pues los votos en favor de los artículos del proyecto fueron de 7 a 9 de los asistentes.

El interrogante de legalidad planteado por la parte actora consiste en establecer si por el hecho de no haberse votado el proyecto separadamente por cada comisión, a pesar de que la decisión final fue la resultante de la sumatoria de los votos emitidos por los miembros de una y otra comisión, el acto acusado quedó afectado de nulidad. La Sala considera que una posición de esa naturaleza privilegia aspectos formales, los que a pesar de su importancia no pueden sacrificar el derecho sustancial, pues los principios constitucionales y legales en materia de aprobación de proyectos de acuerdos municipales fueron respetados en el caso *sub examine*, ya que la mayoría fue la prevista en la ley, a pesar de que no se hubiera obedecido estrictamente el procedimiento de votación previsto en el Reglamento para

los casos de sesiones conjuntas. En otros términos, se respetó materialmente el artículo 84 del Reglamento, en cuanto la decisión final fue la resultante de los votos emitidos por los miembros de las comisiones que sesionaron conjuntamente, a pesar de que la votación de cada comisión no se hubiera realizado en forma separada, pues lo importante es que el proyecto fue aprobado por la mayoría de los votos de los integrantes de las comisiones que sesionaron conjuntamente. En consecuencia, el cargo no prospera.

Sin embargo, no sucede lo mismo en cuanto a la presunta desintegración de la Comisión Tercera en el curso de la sesión, debido a que de sus 5 miembros dejaron de asistir el Presidente y el Vicepresidente, así como un concejal que se retiró al poco tiempo de haberse iniciado la sesión, tal como consta en el Acta de la sesión de 29 de septiembre de 1996.

La Sala considera necesario que en estos eventos de sesión conjunta de dos comisiones de una corporación pública, cada comisión cuente con el respectivo *quórum* decisorio, pues de otra manera, si una de dichas comisiones no cuenta con ese *quórum*, forzoso es concluir que la sesión conjunta no podrá tener lugar porque dicha comisión no existirá jurídicamente, como acaeció en el caso *sub examine*. En efecto, la Comisión Tercera se desintegró al retirarse el concejal Juan Hurtado Cano a los quince (15) minutos, después de iniciada la sesión, pues como ya se dijo, no habían asistido a esa sesión el Presidente ni el Vicepresidente, quedando así la comisión representada sólo por dos (2) de sus miembros, a pesar de que su mínimo reglamentario era de cinco (5) miembros, de acuerdo con el artículo 21 del Acuerdo núm. 63 de 24 de agosto de 1996. En esas circunstancias, la Comisión Tercera Permanente no podía tomar decisiones al no contar con la mayoría de sus integrantes, pues de acuerdo con el artículo 83 del Reglamento Interno del Concejo (Acuerdo Núm. 50 de 1995), para sesiones conjuntas, “El *quórum* decisorio será el que se requiera para cada una de las Comisiones individualmente consideradas”...».

Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola.

COMISIONES CONJUNTAS

Clases de quórum y de mayorías

5 de febrero de 2015

Radicación: 68001-23-31-000-2001-02624-01

...«En lo relativo al quórum y las mayorías para la adopción de decisiones en las Corporaciones Públicas los artículos 145, 146 y 148 disponen lo siguiente:

“Artículo 145. El Congreso en pleno, las cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente”.

“Artículo 146. En el Congreso pleno, en las cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial”.

“Artículo 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular”.

La Ley 5ª de 1992 “por la cual se expide el Reglamento del Congreso” en el artículo 116 dispuso lo relativo a los tipos de quórum existentes de la siguiente manera:

“El quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir.

Se presentan dos clases de quórum, a saber:

Quórum deliberatorio. Para deliberar sobre cualquier asunto se requiere la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la respectiva Corporación o Comisión Permanente.

Quórum decisorio, que puede ser:

-Ordinario. Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente.

-Calificado. Las decisiones pueden adoptarse con la asistencia, al menos, de las dos terceras partes de los miembros de la Corporación legislativa.

-Especial. Las decisiones podrán tomarse con la asistencia de las tres cuartas partes de los integrantes.

Parágrafo. Tratándose de sesiones conjuntas de las Comisiones Constitucionales Permanentes, el quórum decisorio será el que se requiera para cada una de las Comisiones individualmente consideradas”.

Por su parte y en lo atinente a las mayorías decisorias, la Ley 5ª de 1992 en su artículo 116 consagró:

“Artículo 117. Mayorías decisorias. Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten sus efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente:

Mayoría simple. Las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los asistentes.

Mayoría absoluta. La decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los Integrantes.

Mayoría calificada. Las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros.

Mayoría especial. Representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes”.

De la lectura detallada de las disposiciones transcritas, la Sala observa que para que exista quórum deliberatorio se requiere de por lo menos una cuarta parte de los miembros de la Corporación.

En cuanto a las decisiones, sólo se podrán tomar con la asistencia de la mayoría de los integrantes, esto es, que se encuentren presentes más de la mitad de los miembros de la Corporación, pero además y al tenor del artículo 146 de la C.P., una vez se verificada la presencia de la mayoría, la decisión debe ser adopta por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución disponga una mayoría especial.

En este sentido, vale la pena aclarar que la mayoría simple se presenta cuando las decisiones se toman por la mayoría de los votos de los asistentes, la mayoría absoluta cuando la decisión es adoptada por la mayoría de los votos de los integrantes; la mayoría calificada cuando las decisiones se toman por los dos tercios de los votos de los asistentes o de los miembros; la mayoría especial cuando es representada por las tres cuartas partes de los votos de los miembros o integrantes...».

*Guillermo Vargas Ayala (salvo voto), María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

CONVOCATORIA AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA A SESIONES EXTRAORDINARIAS

*No procede para examinar objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia
formuladas por el Presidente de la República a un Acto Legislativo*

16 de septiembre de 2014

Radicación: 11001-03-24-000-2012-00220-00 (I)

...«2.5.1. *La improcedencia constitucional de la convocatoria a sesiones extraordinarias, para examinar unas objeciones presidenciales a un acto legislativo:*

Asiste razón a la actora al sostener que no era dable al Presidente de la República convocar al Congreso a sesiones extraordinarias para que se ocupara de examinar las objeciones por el formuladas al acto legislativo de reforma a la Justicia y que, en tanto este, efectivamente las examinó, contravino la prohibición constitucional contemplada en el artículo 149 de la Carta Política.

En efecto: Según se analizó en precedencia, el ya citado artículo 375 Constitucional, excluye la posibilidad de sesiones extraordinarias dentro del trámite de los actos legislativos, al prever un trámite que solo puede ser surtido durante los períodos ordinarios de sesiones, lo que contrario sensu implica una prohibición en el sentido opuesto. La Constitución de 1991 con relación a las sesiones del Congreso estableció la diferencia entre legislatura y período. El artículo 138 preceptúa:

“El Congreso, por derecho propio, se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura. El primer período de sesiones comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre; el segundo período el 16 de marzo y concluirá el 20 de junio”.

Los actos legislativos se deben tramitar completamente en dos vueltas durante **dos periodos legislativos ordinarios y consecutivos** de modo que la discusión y trámite de una reforma constitucional es el más complejo

de los procesos de formación de normas que se surten en el Congreso de la República. Esto significa que cualquier acto de reforma a la Constitución Política que se tramite en más de dos periodos constitucionales, o pretermitiendo la exigencia de consecutividad o cuando se realiza en sesiones extraordinarias, carece completamente de validez.

Así lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 22 de junio de 2010, radicación 2018, en el cual señaló:

“Tales sesiones extraordinarias se circunscriben en cuanto a su duración y a las materias que pueden tratarse, a la respectiva convocatoria gubernamental, con la limitación que se deriva del artículo 375 de la Constitución, el cual establece que las reformas constitucionales deben ser tramitadas en “dos periodos ordinarios y consecutivos”, por lo que, “como lo tiene bien establecido la Corte, dichos actos legislativos no pueden ser tramitados en sesiones extraordinarias”.

En lo que toca con el presente asunto, como quiera que el trámite dado a las objeciones presidenciales se cumplió en sesiones extras, conviene recordar, además, el rigor de la previsión consagrada en el artículo 149 de la Constitución Política.

“Toda reunión de miembros del Congreso que, con el propósito de ejercer funciones propias de la rama legislativa del poder público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones, serán sancionados conforme a las leyes.”

La redacción del texto supremo lleva a unas consecuencias inequívocas en caso de incumplimiento del mismo:

(i). Las sesiones extraordinarias no son el escenario constitucionalmente previsto para el trámite de las reformas constitucionales, razón por la cual las deliberaciones y decisiones que tome el Congreso de la República durante dicho periodo carecen de validez.

(ii). En el contexto de las sesiones extraordinarias, a los actos que realice el Congreso de la República respecto de los actos legislativos “no podrá dárseles efecto alguno”.

(iii). Y, por último, quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes (penal y disciplinaria), porque el Congreso de la República no puede cumplir sus funciones a discreción propia o por iniciativa de otra autoridad contraviniendo claros preceptos constitucionales, situación que se desprende de las normas que gobiernan el Estado social de

Derecho, en el que se deben respetar las reglas preestablecidas para ejercer legalmente las competencias asignadas a las diferentes ramas del poder público. Prospera el cargo. Así habrá de decidirse.

2.5.6. *La improcedencia de las objeciones presidenciales a una reforma constitucional, mediante acto legislativo*

De otra parte, también acertó la actora al afirmar que el Presidente de la República carecía de competencia para formular objeciones al Proyecto de Acto Legislativo 007/11 Senado-143/11 Cámara, acumulado a los proyectos 09/11, 11/11, 12/11 y 13/11 Senado “*por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones*” cuyo examen constituyó el objeto de la convocatoria a sesiones extras que hizo mediante el Decreto demandado.

Como quedó analizado en precedencia, la formulación de objeciones presidenciales a un acto legislativo es ajena al trámite de las reformas constitucionales ya que el Constituyente de 1991 no confirió al Presidente de la República poder de veto ni habilitación alguna en que tal actuación pudiese encontrar asidero constitucional.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional consideran que la facultad de objetar una reforma constitucional es incompatible con la concepción que del poder de revisión o reforma de la Constitución hizo el Constituyente de 1991, como poder constituido de carácter superior, razón por la cual su decisión no puede quedar subordinada a otros poderes constituidos, *verbigracia*, el Ejecutivo.

En la Constitución de 1991 las atribuciones de decisión y adopción de la reforma únicamente fueron conferidas al Congreso, a la Asamblea Constituyente y al pueblo, mediante referendo. Según el procedimiento de reforma constitucional mediante Acto Legislativo previsto en el artículo 375 Constitucional el gobierno puede participar de la iniciativa y además, tomar parte activa en los debates. En modo alguno objetarlo o sancionarlo.

Como se señaló con anterioridad, la posibilidad del Presidente de objetar un acto legislativo aprobado por el Congreso implicaría hacerlo partícipe del Poder Constituyente Derivado, no solo mediante la iniciativa, sino en la etapa de adopción de la decisión, lo cual no fue lo que dispuso el Constituyente de 1991.

De otra parte, el Ejecutivo, en defensa del acto acusado, trae a colación un argumento normativo, a saber que según el artículo 227 de la Ley 5ª de

1992: *“Las disposiciones contenidas en los capítulos anteriores, referidas al proceso legislativo ordinario que no sean incompatibles con las regulaciones constitucionales, tendrán en el trámite legislativo constituyente plena aplicación y vigencia.”*

Este segundo argumento tiene como premisa la compatibilidad procedimental y normativa entre el trámite de los proyectos de ley y el de los proyectos de acto legislativo. Como se demostrará, esa premisa es falsa.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha señalado, al hacer un estudio comparativo sobre las similitudes y diferencias que existen en los trámites de proyectos de ley y de acto legislativo, que en el trámite de los proyectos de ley se presentan muchas opciones que no se dan en los trámites reformativos de la Constitución, v. gr., como ocurre con la posibilidad de reconsiderar por la respectiva cámara un proyecto de ley a pesar de haber sido negado inicialmente, eventualidad que no tiene cabida en los Actos Legislativos.

Específicamente, la jurisprudencia constitucional ha ratificado que en el trámite de los actos legislativos no se aplican algunas reglas que operan en el proceso de formación de las leyes, entre ellas las referidas a la sanción presidencial y las objeciones gubernamentales.

La ley requiere de sanción, los actos legislativos no. El Presidente de la República fue facultado por la Constitución para promulgar los actos legislativos, no para sancionarlos. La facultad de sancionar normas se refiere exclusivamente a los proyectos de ley y fue establecida de modo taxativo en el artículo 157 de la Constitución Política. La sanción presidencial es un acto de trámite propio y exclusivo de las leyes, conforme el cual el Presidente de la República y sus ministros suscriben una ley aprobada por el Congreso. Al respecto, existe una línea jurisprudencial uniforme y reiterada, a saber:

En la sentencia C-222 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte Constitucional fue enfática en descartar que respecto del proceso de formación de un acto legislativo pudiese haber injerencia del Ejecutivo, mediante la sanción o la formulación de objeciones presidenciales. En esa ocasión, se sostuvo:

“El artículo 375, específico de las reformas constitucionales, no supedita su entrada en vigencia a la sanción del Ejecutivo, ni autoriza a éste para objetarlas.”

Este criterio jurisprudencial fue posteriormente prohijado en la sentencia C-543 de 1998 (M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz) por la cual la Corte Constitucional, decidió las demandas interpuestas por los ciudadanos Karin

Irina Kuhfeldt Salazar, Ricardo Cuervo Peñuela, Claudia Blum de Barberi y Luis Guillermo Giraldo Hurtado contra el Acto Legislativo No. 1 de 1997 que había sido demandado entre otros, porque el actor consideraba que le era exigible el cumplimiento del requisito de sanción presidencial. Al desvirtuar dicho cargo, la Corte consignó las consideraciones que por su pertinencia para el examen que ahora ocupa la atención de la Corporación, en lo pertinente, enseguida se transcriben:

“En contra de lo que afirma el demandante, la sanción es un requisito de validez establecido por la Constitución única y exclusivamente para las leyes. Por tanto, esa exigencia no es aplicable a los actos legislativos, como expresamente lo señaló la Corte en la sentencia C-222/97, tantas veces citada, al expresar:

“Ninguna de estas posibilidades (sanción y objeciones) se da en el caso de los proyectos de Acto Legislativo, pues además de la expresa referencia de las indicadas normas a los proyectos de ley, el artículo 375, específico de las reformas constitucionales, no supedita su entrada en vigencia a la sanción del Ejecutivo, ni autoriza a éste para objetarlas.” (subrayas fuera de texto)

Además, debe agregarse que los Actos Legislativos mediante los cuales el Congreso reforma la Constitución no requieren de sanción presidencial, porque las decisiones de la voluntad constituyente no pueden, por su misma naturaleza, quedar subordinadas a la aquiescencia de ningún poder constituido, salvo la competencia estricta y precisa atribuida a la Corte para efectos del control formal.”

Así también, en sentencia C-1000 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda):

“Reitera la Corte que el Presidente de la República carece de facultades para objetar las reformas constitucionales –incluidas obviamente las que apruebe el pueblo en referendo.”

Específicamente en lo que tiene que ver con las objeciones por inconveniencia e inconstitucionalidad, ninguna de estas posibilidades se da en el caso de los proyectos de Acto Legislativo, pues además de la expresa referencia de las normas constitucionales y legales que las regulan a los proyectos de ley, el artículo 375 C.P., específico de las reformas constitucionales, no supedita su entrada en vigencia a la sanción del Ejecutivo, ni autoriza a éste para objetarlas.

También ha señalado la Corte Constitucional, en una decisión en la que hizo referencia a diferentes conceptos de la teoría jurídica (existencia,

validez y eficacia), que la existencia de un acto legislativo no se supedita a la sanción presidencial:

“La ‘existencia’ de una norma hace relación a su introducción al ordenamiento jurídico, es decir, a su ingreso normativo al sistema, una vez se han cumplido las condiciones y requisitos establecidos por el mismo ordenamiento para ello. Así, se predica la existencia de una ley ordinaria cuando el proyecto correspondiente, después de haber sido publicado oficialmente en tanto tal, ha sido aprobado en cuatro debates por el Congreso y ha recibido la sanción presidencial; a su vez, se afirma que un acto legislativo existe cuando ha surtido los ocho debates de rigor en las dos cámaras legislativas.”

Es precisamente en el momento en que el Presidente de la República examina un proyecto de ley aprobado por el Congreso, cuando tiene la oportunidad de alegar razones de inconveniencia o inconstitucionalidad para objetar un texto legal. Si se trata de inconveniencia regresa a reconsideración del Congreso de la República como juez de la conveniencia y si se trata de razones de carácter constitucional llegará al juez de ella, la Corte Constitucional, para examinen las tachas dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Pero en el caso de los actos legislativos ello no es así porque, como ya se dijo, no se exige la sanción presidencial de los mismos, razón por la que tampoco procede la alegación presidencial de objeciones y menos las de inconstitucionalidad, porque se estaría estableciendo una especie de control previo de constitucionalidad contra los actos legislativos, control que ciertamente no existe en nuestro ordenamiento jurídico. Recuérdesse que el artículo 241, numeral 1º. de la C.P. sólo prevé el control de constitucionalidad respecto de los actos legislativos, en forma posterior y solo por vicios de procedimiento en su formación. Tampoco esta norma constitucional prevé el control constitucional respecto de objeciones formuladas por el Gobierno a los actos legislativos.

Más importante aún: La interpretación filosófica y axiológica de la Constitución Política vigente, a la luz de los elementos esenciales del Constitucionalismo Colombiano, evidencia inequívocamente que las objeciones presidenciales a las reformas constitucionales son incompatibles con la filosofía que inspira el Constitucionalismo y su máxima expresión que es el Estado de Derecho. Varias razones, así lo evidencian:

La tesis en favor de que el Presidente de la República ejerza la facultad de objeción, respecto de los actos legislativos, desquicia los principios y

valores fundantes del Constitucionalismo que logra su máxima expresión en el Estado de Derecho pues, por esa vía, se legitima el desbordamiento en el ejercicio de sus competencias constitucionales, y el desplazamiento del Poder Constituyente Derivado en manos del Ejecutivo, lo que indudablemente redundará en una concentración inusitada de poderes en su favor, que por lo demás, riñe con la filosofía que inspiró al Constituyente de 1991. Se violarían todos los principios fundantes y los pilares de la estructura constitucional del Estado, al desfigurarse el modelo del Estado Colombiano instituido por la Asamblea Constituyente de 1991, que pretendió prevenir que una rama del poder público se convirtiera en suprema y que existiesen actos gubernamentales que escaparan al control judicial o al control político.

No se remite a duda que el control de constitucionalidad se funda en el principio de supremacía de la Constitución Política. Empero, de ello no se sigue que el Presidente de la República pueda objetar todas las normas jurídicas, o que sea el único ente responsable de ejercer un control de constitucionalidad de las mismas. Esta tarea también le corresponde, y de manera principal, a la jurisdicción constitucional, conforme a las competencias señaladas por la propia Carta.

Algo semejante puede decirse del principio de separación funcional del poder público, pues el que los órganos del poder público deban colaborar armónicamente para el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, no puede válidamente inferirse que, en aras de esa colaboración armónica, sea dable al Presidente de la República objetar las reformas constitucionales.

La responsabilidad de las tres ramas tradicionales del poder público frente a la colaboración armónica tiene que interpretarse teniendo en cuenta el principio de que los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que la Constitución y la ley les autorice.

Repárese en que las demandas contra los actos reformativos de la Constitución Política que no surten la promulgación, no están sujetas al control judicial de constitucionalidad, conforme a los recientes pronunciamientos inhibitorios de la Corte Constitucional en torno a las demandas ciudadanas presentadas en contra del acto legislativo de reforma a la justicia, ocasiones en las que sostuvo que carece de competencia para conocer del Acto Legislativo cuando este no ha sido promulgado, por considerar que sin este requisito, dicho acto no nace a la vida jurídica.

En efecto, según se consignó en la sentencia C-474 de 2013, la Corte Constitucional expresó:

“Corresponde reafirmar que una condición indispensable para emitir un pronunciamiento de mérito (exequibilidad o inexequibilidad) frente a una demanda de inconstitucionalidad, es que los actos sometidos a control de esta corporación estén vigentes, o de no estarlo, continúen produciendo efectos o tengan vocación de producirlos. De no ser así, lo procedente es abstenerse de proferir un fallo de fondo frente a acciones públicas de inconstitucionalidad instauradas, por ejemplo, contra normas derogadas expresa o tácitamente, o subrogadas, o por fuera de la vigencia que haya dispuesto el legislador. (...)”

Analizadas estas circunstancias a la luz de las normas constitucionales, esta corporación concluyó que el archivo definitivo del proyecto de acto legislativo implica que esa preceptiva jamás fue incorporada al ordenamiento jurídico; así no existió, para el caso, un acto reformatorio de la Constitución, ni fue promulgado, lo que inexorablemente conduce a un fallo inhibitorio, por cuanto no se reúnen las exigencias previstas en los artículos 241.1 y 379 de la carta política, para que la Corte pueda ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de acto legislativo demandado en esta oportunidad. (...)”

En este caso, como entonces, la corporación ha de reiterar la desestimación de la tesis del “magisterio moral”, que tanto la Corte Suprema de Justicia cuando tenía a su cargo el control de constitucionalidad, como la Corte Constitucional en vigencia de la carta política actual, han descartado de manera constante, dado que iría en contra de una postura consolidada sobre el control de constitucionalidad rogado, mediante acciones públicas, para admitir una competencia autonómica de esta corporación, de manera que pudiese emitir sentencias con alcances simplemente teóricos o académicos, facultad que no está prevista en la Constitución Política. (...)”

Se reitera: el control jurídico de los reparos gubernamentales a una reforma constitucional –objeciones presidenciales- tampoco hace parte de las competencias que tiene asignada la Corte Constitucional, porque en los términos del artículo 241 de la Carta dicho Tribunal tiene la función de guardar la integridad y supremacía de la Constitución “en los estrictos y precisos términos de este artículo”, sin que allí aparezca la atribución de pronunciarse sobre objeciones presidenciales a los actos reformatorios de la Carta Magna, lo que deja una cuestión de tanta trascendencia sin control de constitucionalidad, cuestión inconcebible en un ordenamiento jurídico que se precie de ser respetuoso de las instituciones y de sus competencias, tal como debe ser en el Estado social de Derecho.

Darle cabida a las objeciones presidenciales a las reformas constitucionales desquicia los principios y valores fundantes del Constitucionalismo que logra su máxima expresión en el Estado de Derecho, por resultar incompatibles con la filosofía que lo inspira y vulnera el equilibrio de poderes que debe prevalecer en nuestra democracia.

La competencia para formular objeciones presidenciales a proyectos de reforma constitucional debe ser expresa y no existe norma constitucional ni legal que la atribuya al Presidente de la República. Puesto que la competencia es un presupuesto de validez de los actos que se profieren, si una autoridad pública expide un acto sin tener competencia para hacerlo, éste carece de validez, o dicho en otras palabras, es nulo.

Por lo tanto, para la Sala no es de recibo la tesis que expuso el Gobierno Nacional en el escrito contentivo de las objeciones presidenciales a la Reforma a la Justicia y en la cual a lo largo de este proceso ha insistido la Secretaría Jurídica de la Presidencia, que se sustenta en el argumento según el cual *“ninguna norma de la Constitución prohíbe de manera explícita la presentación de objeciones gubernamentales contra actos legislativos”*, pues invierte el principio que proclaman los artículos 6º, 121 y 123 de la Constitución Política conforme a los cuales en un Estado Democrático de Derecho las autoridades únicamente están autorizadas a hacer lo que la Constitución y las Leyes les facultan; aceptar que todo aquello que no esté expresamente prohibido al Presidente de la República, le estaría permitido invierte el principio de la responsabilidad de los servidores públicos equiparándola a la de los particulares.

Por todo lo expuesto en las consideraciones precedentes, concluye la Sala que, ciertamente, el Presidente de la República al expedir el acto acusado mediante el cual convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias, con el fin de ocuparse exclusivamente de examinar las objeciones presidenciales, desbordó su ámbito competencial y con ello desconoció los artículos 6º, 121, 123, 149, 189, 241 y 375 de la Constitución Política. En consecuencia con lo expuesto, prospera el cargo.

Se impone entonces, declarar la nulidad del acto acusado, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este fallo, con efectos hacia el futuro. Las sentencias de *nulidad por inconstitucionalidad* producen, como regla general, efectos hacia el futuro *–ex nunc*, como la *inexequibilidad*–, porque se trata de un juicio diferente al de nulidad simple, donde el Consejo de Estado asume la misma función y posición que la Corte Constitucional

cuando controla las normas por violación a la Constitución Política, sólo que lo hace frente a normas diferentes, pero en relación con el control que se trata de la misma actitud de protección de la Carta Política.

Como si fuera poco, en el derecho constitucional moderno, el juez constitucional, –para el caso el Consejo de Estado–, tiene la potestad de escoger los efectos en que se confiere una decisión judicial: hacia el pasado o hacia el futuro.

En este caso, la Sala declarará la nulidad por inconstitucionalidad con efectos *hacia el futuro*, como lo establece el inciso tercero del artículo 189 del CPACA, en virtud del cual “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes”, norma declarada exequible por la Corte Constitucional –sentencia C-400 de 2013-, en la que se dijo: “De otra parte, se declarará la exequibilidad de los efectos concedidos a las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, consagrados en el inciso 3º del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que, conforme al modelo de control abstracto fijado por el constituyente, el Consejo de Estado, en la esfera estricta de su competencia residual (artículo 237-2 Constitucional), concurre con la Corte Constitucional a velar por la supremacía e integridad de la carta política, para garantizar así su inviolabilidad, en cuanto a los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos allí instituidos, como cuerpo político y jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, además de contribuir a la consolidación y eficacia del precedente judicial, en ejercicio de esa competencia y función esencial”...».

María Claudia Rojas Lasso, Martha Teresa Briceño De Valencia, Gerardo Arenas Monsalve, Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Susana Buitrago Valencia, Gabriel de Vega Pinzón (Conjuez), María Elizabeth García González, Enrique Gil Botero, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Ramiro Pazos Guerrero, Bertha Lucía Ramírez de Páez, Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Danilo Rojas Betancourth, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Ana Lucía Uribe López (Conjuez), Olga Valle de De La Hoz, Guillermo Vargas Ayala, Alfonso Vargas Rincón, Marco Antonio Velilla Moreno, Luis Rafael Vergara Quintero, Alberto Yepes Barreiro, Carlos Alberto Zambrano Barrera.

XIII. CREACIÓN DE MUNICIPIOS

SEGREGACIÓN Y AGREGACIÓN DE MUNICIPIOS

*Competencia de las asambleas departamentales para segregar
y agregar municipios de las Provincias*

15 de mayo de 1916

Radicación: CE-SCA-EXP1916-05-15

...«El texto de la Ordenanza dice:

Artículo 1° Segregase el Municipio de Tibasosa en lo político y administrativo de la Provincia de Tundama, y agrégase a la de Sugamuxi.

Artículo 2° Segregase igualmente en lo político y administrativo el Municipio de Tutasá de la Provincia del Norte, y agregase a la de Tundama.

Por libelo de 14 de mayo de 1915 los señores Sixto A. Zerda y Miguel A. Garavito acusan de nulidad esta Ordenanza como ilegal, porque en su concepto las Asambleas Departamentales no tienen facultad para segregar Municipios de unas Provincias y agregarlos a otras. Dicen que esta facultad no está comprendida ni en la que señala el ordinal 222 del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal para crear y suprimir Municipios y agregar o segregar términos municipales, ni en la que fija el ordinal 31 del mismo artículo, sobre arreglo de la división territorial del Departamento para los electos fiscales, ni en la atribución de crear o suprimir Provincias que dio a las Asambleas la Ley 90 de 1914.

En consecuencia sostienen los demandantes que la Asamblea de Boyacá, al expedir la Ordenanza 31 de 1915, violó el ordinal 2 del artículo 98 de dicho Código, que prohíbe a esas corporaciones intervenir por medio de ordenanzas o resoluciones en asuntos que no sean de su incumbencia.

El Tribunal de Tunja admitió la demanda y suspendió la Ordenanza por auto de 26 de mayo de 1915. En memorial presentado el 8 de junio siguiente, muchos ciudadanos, diciéndose vecinos de Tibasosa, apoyan ante el Tribunal de Tunja la demanda intentada. Se verificó la audiencia, y en ella el Agente del Ministerio Público sostuvo la legalidad y conveniencia de la Ordenanza acusada, y manifestó también que siendo así que los señores demandantes afirmaban que la manifestación hecha por algunos vecinos de aquellas poblaciones era de carácter popular, el conocimiento de este juicio sólo corresponde al Congreso de la República.

El Tribunal por sentencia de 30 de junio de 1915, declara, nula la Ordenanza acusada, fundándose en las mismas razones aducidas por los actores y en que la Corte Suprema de Justicia decidió, en sentencia de 5 de febrero de 1892, lo siguiente:

“No pueden las Asambleas Departamentales variar los límites de las Provincias, ni segregar un Municipio de una Provincia para agregarlo a otra. No puede hacer eso sino el Congreso por medio de leyes.”

Y concluye el Tribunal que de conformidad con esta decisión de la Corte Suprema, la facultad de segregar un Municipio de una Provincia para agregarlo a otra corresponde al Congreso. La sentencia ha venido en consulta por no haber sido apelada. Verificada la tramitación correspondiente a la segunda instancia, el Consejo procede a fallar el caso.

El Fiscal sostiene la legalidad de la Ordenanza, porque los demandantes no comprobaron que la Asamblea de Boyacá, al expedir la Ordenanza acusada, dejó de tener en cuenta las necesidades y conveniencias de la administración seccional, requisitos exigidos por el artículo único de la Ley 90 de 1914, y que a los actores correspondía acreditar; porque las ordenanzas, como las leyes y los acuerdos municipales, llevan consigo la presunción legal de haberse expedido con arreglo a la Constitución y a la Ley; porque si las Asambleas tienen facultad de crear o suprimir Provincias, bien pueden segregar Municipios de una y agregarlos a otra. A juicio del Consejo, la Ordenanza acusada está dentro de las facultades de la Asamblea.

Bajo los artículos 47 y 49 del Acto legislativo número 3 de 1910, el territorio de la Nación se divide en Departamentos y éstos en Distritos Municipales; pero el legislador puede establecer Provincias u otras entidades intermedias para el mejor servicio administrativo.

Con arreglo a esta atribución, el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913) decretó la continuación del régimen de Provincias dentro de los Departamentos, y la Ley 90 de 1914 dispuso:

“Artículo único. Las Asambleas Departamentales quedan facultadas para crear o suprimir Provincias, teniendo en cuenta las necesidades y conveniencias de la administración seccional.

Si de un acto de creación o supresión se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la solución definitiva corresponde al Congreso.

Las Provincias no tienen en sí demarcación territorial ni son entidades fiscales. Su categoría es simplemente de organismos intermedios entre el Departamento y el Municipio para el mecanismo administrativo. Se componen de Municipios con los límites señalados a éstos. De manera que al crear o suprimir una Provincia o al pasar un Municipio a otra no se afectan los términos territoriales municipales.”

En tal situación parece claro que la facultad de crear o suprimir Provincias comprende la de trasladar Municipios de una a otra de esas entidades. Y está al prudente juicio de la Asamblea el apreciar las necesidades y conveniencias de la administración, sin someterse a determinadas pruebas ni a procedimientos especiales, porque la ley no los exige.

Según el inciso 2º del artículo único de la Ley 90 de 1914, la queja de un vecindario interesado en la creación o supresión de una Provincia produce el efecto de que el Congreso resuelva en definitiva.

Este recurso pertenece a un orden jurídico distinto del que está bajo la autoridad judicial de lo contencioso administrativo. Ante ella se surten los juicios de nulidad de las ordenanzas, en cuanto puedan ser contrarias a la Constitución o a las leyes o lesivas de derechos civiles. El Congreso no decide sobre la nulidad. En virtud de su soberanía en la materia, aprueba o imprueba ordenanzas sobre creación o supresión de Provincias, cuando media queja de vecindario interesado, aunque las ordenanzas se conformen en un todo con la ley. El Congreso examina si el acto de que se trata es aceptable por razones de orden político o administrativo, y lo admite o lo rechaza a su arbitrio. Ese alto Cuerpo no falla en juicio sobre la constitucionalidad o la legalidad del acto.

No hace al caso la doctrina de la Corte Suprema, expuesta en 1892 que cita el Tribunal de primer grado, porque entonces regía distinto sistema.

Como la creación y supresión de Provincias competía al Congreso, sólo éste podía determinar el ensanche o reducción de ellas.

No se advierte el alcance especial que en la Ordenanza 31 acusada se haya querido dar a la frase en lo político y administrativo. Como se ha expuesto, la Provincia no tiene capacidad fiscal. Es un órgano intermedio entre el Departamento y el Municipio para atender mejor a la administración de estas entidades, y su régimen está determinado por los artículos 131 a 139 del Código Político y Municipal. Los Municipios tienen organización propia, con territorio determinado y capacidad fiscal. De manera que al pasar un Municipio de una Provincia a otra no puede establecerse separación entre lo político y administrativo y otros ramos. El Municipio continúa con todas sus facultades, y no puede pertenecer en parte a una Provincia y en parte a otra. La Provincia tampoco es hoy día elemento de la división territorial electoral. La base de ésta es la población, y las Circunscripciones o Distritos Electorales se forman con Departamentos o Municipios, según los diferentes casos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con el Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, revoca la sentencia consultada, y resuelve que por los fundamentos aducidos en este juicio no hay razón para declarar nula la Ordenanza 31 de 1915 de la Asamblea de Boyacá...».

*Próspero Márquez C., Adriano Muñoz,
Jesús Perilla V., Luis F. Rosales.*

CREACIÓN DE MUNICIPIOS EN ZONAS DE FRONTERA

De manera excepcional se pueden crear municipios, con la autorización previa del Presidente de la República

27 de junio de 2002

Radicación: 52001-23-31-000-1999-01279-02(6267)

...«La Asamblea Departamental de Nariño, al expedir la Ordenanza 027 de 1999, se fundamentó en el artículo 300, numeral sexto, de la Constitución Política, artículo 9 de la Ley 136 de 1994, artículo 2 de la Ley 177 de 1994, Ley 191 de 1995 y en el Decreto Nacional 1876 de 1997. El artículo 2 de la Ley 177 de 1994, que modificó la Ley 136 de 1994, establece:

“Artículo 2. Modifícase el artículo 9 de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 9. Excepción. Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las Asambleas Departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación del Proyecto de Ordenanza, el Presidente de la República considere su creación como de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional, siempre y cuando no se trate de territorios indígenas, salvo que mediare acuerdo previo con las autoridades indígenas”.

En virtud de esta previsión legal, el Decreto 1876 del 24 de julio de 1997, “por el cual se exime a un territorio de los requisitos legales para erigirse en municipio”, estableció en el artículo primero:

“Decreto 1876 de 1997. Artículo primero. Conforme al artículo 2 de la Ley 177 de 1994, eximir al corregimiento de Nariño, Departamento de Nariño, de los requisitos legales para que pueda ser erigido como municipio por la Asamblea Departamental”.

En desarrollo de este decreto, la Asamblea Departamental de Nariño expidió la Ordenanza 027 de 1999 que se acusa y que estableció en el artículo primero:

“Artículo Primero. Créase el Municipio de Nariño y su cabecera municipal para todos los efectos legales y administrativos, será la población que lleva el mismo nombre. (...)”

En el artículo segundo se dispuso que el territorio que abarcará el nuevo municipio será segregado del municipio de Pasto.

Dentro de las atribuciones y prohibiciones generales de las Asambleas dadas por la Ley 1222 de 1986, artículo 60 se tiene “4.- Crear y suprimir Municipios segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los Distritos, llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley.”

El artículo tercero de la Ordenanza acusada establece:

“Artículo tercero. El Municipio de Nariño, tendrá dentro de su territorialidad los Corregimientos de Nariño y la Caldera con sus respectivas veredas así:

Chorrillo, Yunguillo, Pueblo viejo, Alto Pradera, El Silencio y la Cabecera corregimental de Nariño, Pradera, Alto Caldera, San Antonio, Alto Arrayán, Arrayanes y la cabecera corregimental de la Caldera”.

El acto acusado no erige como municipio al Corregimiento de La Caldera, como se afirma en la demanda. La única alusión que se hace de este corregimiento se encuentra en el artículo tercero, antes transcrito, en el cual se indica que este corregimiento, al igual que el de Nariño, forma parte del territorio del nuevo municipio de Nariño, sin que esto signifique que se le está dando la categoría de municipio.

Evidentemente el Corregimiento de Nariño fue erigido como municipio acogiéndose a la fórmula excepcional prevista en la Ley 177 de 1994 y dentro de este contexto, en el evento de considerarse que no reunía los requisitos para hacerse acreedor a la excepción, debió demandarse el Decreto 1876 de 1997, con base en el cual la Asamblea Departamental de Nariño expidió la Ordenanza 027 de 1999, que no hizo cosa distinta que cumplir con lo allí dispuesto. En efecto, el considerando tercero del Decreto 1876 estableció:

“Que el Gobierno Nacional, una vez estudiado que el corregimiento de Nariño, Departamento de Nariño, con una población aproximada a los 7.000 habitantes y extensión territorial considerable estima su desarrollo como conveniente dentro de la política del Salto Social, toda vez que es un territorio incluido dentro de una zona de frontera que tiene potencial para hacer significativos aporte a la economía departamental y nacional”.

De conformidad con la Ley 191 de 1995, por la cual se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera, se entienden como zonas de frontera, aquellos municipios, corregimientos especiales de los Departamentos Fronterizos, colindantes con los límites de la República de Colombia y aquellos en cuyas actividades económicas y sociales se advierte la influencia directa del fenómeno fronterizo. Si el Corregimiento de Nariño no entra dentro de las denominadas zonas de frontera o no reunía los presupuestos para la excepción prevista en el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, debió atacarse el Decreto Presidencial que le reconoció esta categoría excepcional para erigirse como municipio, junto con la Ordenanza que lo hizo efectivo.

Ahora como mediante Decreto 238 del 15 de febrero de 2000 el Presidente de la República “revocó” el Decreto 1876 de 1997, que había servido de principal fundamento a la Ordenanza 027 de noviembre 29 de 1999 ya que había sido expedido acudiendo a la excepción consagrada en el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, que modificó el artículo 9 de la Ley 136 del mismo año, revocatoria que la Sala entiende como derogatoria del Decreto y que teniendo efectos hacia el futuro, no afecta el acto demandado pues al momento de su expedición aquel se encontraba vigente. Por ello, no resulta procedente la declaratoria de nulidad de la totalidad de la Ordenanza 027 de 1999, expedida por la Asamblea Departamental de Nariño puesto que, al momento de su expedición se ajustó al Decreto 1876 de 1997, que eximió al Corregimiento de Nariño de los requisitos legales para su creación como municipio.

Ahora, como la misma Asamblea Departamental de Pasto acepta que el corregimiento de la Caldera no fue objeto de la exención de requisitos de que trata el Decreto en mención, mal hizo al incluir su territorio dentro del acto acusado, por lo que habrá de anularse parcialmente la Ordenanza en cuanto incluyó tal territorio, que no fue objeto de exención de requisitos, ya que el numeral 6 del artículo 300 de la Constitución Política atribuye a las Asambleas Departamentales la facultad de agregar y segregar territorios a los municipios ya creados, implica que se ejerza de conformidad con la ley, y en este caso la Ley 136 de 1994 establece una serie de requisitos que como ordinariamente se deben cumplir, no era del caso eximirlos en relación con el corregimiento de la caldera, que como se anotó debió surtir el tratamiento ordinario y no el excepcional contenido en el Decreto Presidencial a que se ha hecho referencia...».

*Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Manuel Santiago Urueta Ayola,
Olga Inés Navarrete Barrero, Camilo Arciniegas Andrade.*

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO DE LOS ENTES TERRITORIALES

El acta de deslinde tiene el carácter de acto definitivo y debe ser ratificada por la Asamblea Departamental

26 de mayo de 2011

Radicación: 41001-23-31-000-2005-00759-01

...«La inconformidad del actor con el fallo de primer grado, radica en que lo que se busca con la presente acción es que se declare la nulidad del “acta de deslinde”, suscrita por los Alcaldes y Personeros de los Municipios de Tesalia y Yaguará (Huila) por falta de competencia para su expedición y no su contenido u objeto mismo, como lo entendió el a quo, toda vez que en nada incide que el “acta de deslinde”, demandada, constituya o no una verdadera modificación o alteración de los linderos territoriales de los Municipios en cuestión, inclusive su ratificación, pues lo que está en discusión no es la ilicitud del contenido del acto, sino la ilegitimidad e ilegalidad de aquél en razón a que las autoridades firmantes del mismo, carecían de competencia para expedirlo, como se advierte de la confrontación con la Constitución y la Ley. (...)

[S]e tiene que por convocatoria que les hiciera el Ingeniero comisionado por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, los Alcaldes y Personeros Municipales de Tesalia y Yaguará (Huila), el 19 de junio de 1974, aclararon los términos de la Ordenanza núm. 34 de 9 de abril de 1915, a través de la cual la Asamblea Departamental del Huila estableció el límite entre los citados Municipios, diligencia que quedó consignada en el “Acta de Deslinde”, cuya nulidad se solicita, la que se realizó en virtud del artículo 2° de la Ley 62 de 1939 y para efectos de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 803 de 1940.

Tales disposiciones, de acuerdo con su texto arriba transcrito, contienen el procedimiento que se debe observar para el deslinde y amojonamiento

de los entes territoriales, cuya labor está a cargo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

En efecto, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 62 de 19 de diciembre de 1939, el Ingeniero Catastral comisionado hará el deslinde directamente sobre el terreno, en presencia de los representantes de cada una de las entidades políticas interesadas (para el caso de los Municipios serán el Alcalde y el Personero de acuerdo con el literal d) del parágrafo del artículo 2° en comentario), “marcando sobre el plano topográfico o fotográfico del territorio en cuestión la línea o líneas que correspondan a la opinión unánime o diferente de estos, basada en la interpretación de los textos legales u otras razones, y en último caso marcará además el trazado técnico que juzgue más adecuado”, cuya ratificación definitiva está a cargo de la Asamblea Departamental, cuando se trate de límites Municipales, como lo señala el artículo 3°, literal b), *ibídem* .

Conforme al artículo 5°, *ibídem*, establece que una vez la Asamblea Departamental reciba la documentación correspondiente, nombrará las comisiones demarcadoras respectivas, que serán integradas por tres Diputados, directamente elegidos por dicha Corporación, la que examinará el problema y complementará la información, si hubiere lugar a ello, y con la asesoría del Ingeniero Catastral que actuó en el terreno, propondrá un trazado definitivo para la ratificación de la Asamblea, dentro de los diez días siguientes a su elección, demarcación que vendrá a ser definitiva cuando se haya ratificado por la entidad competente, como lo prevé el artículo 6°, *ibídem*, que para el sub lite lo es la Asamblea Departamental por tratarse de límites entre Municipios.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto Reglamentario 803 de 23 de abril de 1940, también soporte del acto administrativo acusado, señala que los límites territoriales de las secciones deben seguir las líneas topográficas naturales o artificiales del terreno, en la medida de lo posible; y que el Ingeniero Catastral deberá proponer siempre la rectificación de los límites cuando los textos legales estén en desacuerdo con lo señalado en las disposiciones que conforman la Ley 62 de 1939 y dicho Decreto, quien elaborará un informe sobre las operaciones realizadas, y junto con las actas de las sesiones debidamente firmadas por todos los interesados, enviará tal documentación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que a su vez la remitirá a la Corporación legislativa a quien corresponda ratificarla, según el artículo 17, *ibídem*.

De lo reseñado, forzoso es concluir que el acta de deslinde demandada requería de la ratificación por la Asamblea Departamental, actuación que no se surtió en este caso.

Cabe señalar que la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Expediente núm. 1993-1667, Actor: Municipio de Arauquita, Consejero ponente doctor Yesid Rojas Serrano), frente a un asunto similar al aquí examinado, adujo que el acta de deslinde no es definitivo, sino de trámite que no pone fin a la actuación administrativa, pues configura sólo uno de los pasos que prevé la ley en orden a concluir con una demarcación limítrofe definitiva.

Frente a este tema la Sala estima oportuno reconsiderar tal posición jurisprudencial, dado que en el caso bajo examen, de acuerdo con la parte motiva del acto acusado, su finalidad fue ACLARAR los términos de una ordenanza que fijó los límites entre los Municipios de Tesalia y Yaguará, cuando lo cierto es que solo quien tiene competencia para ello es el órgano que la expidió. De ahí que en la medida en que tal órgano (la Asamblea Departamental del Huila) no intervino en la actuación administrativa, como lo afirma el Departamento del Huila en su contestación a la demanda, se configura el vicio alegado, máxime si a ese acto se le hicieron producir efectos, cuando se requería de la ratificación de la Asamblea, efectos tales como la variación de las fichas prediales y cambios en el Catastro.

Criterio este que tuvo esta Sección en el proveído de 8 de febrero de 2007, para revocar el auto de 17 de junio de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, que denegó la suspensión provisional del acto administrativo acusado, esto es, el “acta de deslinde” de 19 de junio de 1974, suscrita por los Alcaldes y Personeros de los Municipios de Tesalia y Yaguará (Huila), de la época, dado que consideró que con su expedición se violó el artículo 187 de la Carta de 1886, ya que la competencia para fijar los límites entre los Municipios comprendidos en un Departamento corresponde a las Asambleas Departamentales y no a los Alcaldes...».

*Marco Antonio Velilla Moreno, María Elizabeth García González,
Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, María Claudia Rojas Lasso.*

CONSULTA POPULAR

La asamblea departamental no tiene la competencia para archivar un proyecto de ordenanza que contiene la decisión del pueblo

17 de marzo de 2016

Radicación: 19001-23-31-000-2007-00024-02

...«Está probado en el proceso, que la creación del municipio de Guachené surgió por iniciativa popular (consulta popular) y, en cumplimiento del artículo 56 de la Ley 134 de 1994, el Gobernador del Cauca presentó ante la Asamblea el respectivo proyecto de ordenanza, el cual fue ampliamente discutido en segundo debate y al someterse a votación, el proyecto obtuvo un total de 8 votos negativos y 5 votos afirmativos, lo que llevó a negar su aprobación y a disponer el correspondiente archivo. Así lo certificó el Presidente de la Asamblea en oficio ADC-219 de 20 de octubre de 2006:

“En sesión ordinaria realizada el día 19 de octubre del año en curso, en desarrollo del trámite del segundo debate concerniente al proyecto de ordenanza “Por medio de la cual se crea el municipio de Guachené, en el departamento del cauca y se dictan otras disposiciones”, y según votación mayoritaria de 8 votos, a la no creación del Municipio, determinó el rechazo del proyecto y en consecuencia el archivo definitivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106 del Reglamento Interno de la Asamblea.”

Como la Asamblea Departamental no expidió la ordenanza dentro del término señalado en la ley, el Gobernador profirió el Decreto con fuerza de Ordenanza No. 0653 de 2006 “por medio del cual se crea el municipio de Guachené”. En efecto, la Asamblea Departamental del Cauca archivó el proyecto de ordenanza por la cual se crearía oficialmente el municipio de Guachené, decisión que fue votada luego de un amplio debate acerca de los aspectos positivos y negativos que conllevaría la creación de este municipio.

La Sala resalta que no correspondía a la Asamblea Departamental la evaluación de aspectos técnicos y jurídicos para la creación del municipio, en primer lugar, porque ya había precedido una consulta en la cual el pueblo

se había manifestado positivamente avalando la creación del municipio de Guachené y, en segundo lugar, porque en ese momento, estaba todavía pendiente el control previo de legalidad de la ordenanza por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, control previo de legalidad que perdió su sustento jurídico cuando, al no expedirse la respectiva ordenanza, debió hacerlo en forma perentoria el Gobernador del Departamento mediante Decreto con fuerza de Ordenanza, en cumplimiento del mandato constitucional, decreto que, por lo mismo escapaba a ese control previo de legalidad. Esto no significa que no sea susceptible de control de legalidad.

El Gobernador, una vez producido el resultado de la consulta popular, envió a la respectiva Asamblea Departamental, el proyecto de ordenanza para la creación del municipio de Guachené, que debía hacerse por parte de esta corporación sin mayores elucubraciones, puesto que como se ha señalado en este caso, en ese momento si procedía el control previo automático de legalidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo que está previsto sobre las ordenanzas, mas no sobre los decretos con fuerza de ordenanza. Ante la aprobación popular impartida a la creación del municipio de Guachené, esa decisión política se encontraba respaldada por una garantía especial de supremacía, dados los inequívocos y concluyentes términos de lo preceptuado en los artículos 55 y 56 de la Ley 134 de 1994. Su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 55.-Decisión del pueblo. La decisión tomada por el pueblo en la consulta, será obligatoria. Se entenderá que ha habido una decisión obligatoria del pueblo, cuando la pregunta que le ha sido sometida ha obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral.

Artículo 56.-Efectos de consulta. Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el Concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde, o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso. En este caso el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de tres meses.”

En tratándose del municipio de Guachené, cuya creación emana de la voluntad mayoritaria del pueblo expresada a través de la consulta popular,

el requisito del control automático previo de legalidad erigido en el artículo 15 numeral 4° de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 8° de la Ley 136 de 1994 resulta contrario a los artículos 40 y 103 de la Constitución Política en este caso concreto, pues conlleva a un vaciamiento de la voluntad popular.

Aceptar una conclusión diferente implicaría anular la democracia participativa en tanto la decisión del Pueblo dejaría de tener predominio y la pasaría a tener el Congreso, órgano constituido, que no puede sustituir la voluntad del pueblo. Por ello, por esta razón los requisitos previstos en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 15 de la Ley 617 de 2000 para la creación de municipios, deben verificarse antes de la consulta popular.

Respecto a la obligatoriedad de la expedición del decreto por parte del Gobernador, el parágrafo del artículo 15 de la Ley 617 de 2000 dispone:

“PARÁGRAFO 1o. El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. Sin embargo, el Gobernador estará obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio. (...)”

Se reitera, que el requisito de control automático previo de legalidad no es exigible respecto del decreto con fuerza de ordenanza, pues las competencias son expresas y en ninguna norma se le asigna a los tribunales de lo contencioso administrativo, la función de ejercer un control previo de legalidad sobre los decretos con fuerza de ordenanza que crean un municipio. Este control está restringido exclusivamente al caso de la creación de un municipio mediante ordenanza y no puede hacerse extensivo al caso de los decretos con fuerza de ordenanza que han sido resultado de una consulta popular como ocurrió en el caso presente, pues se estaría desconociendo el mandato constitucional de los artículos 6 y 121, según los cuales las funciones de los órganos del Estado deben estar señaladas en la ley o el reglamento.

Lo anterior por cuanto el decreto con fuerza de ordenanza fue producto de la consulta popular, que hizo explícita la voluntad de crear el municipio y que no podía desconocerse...».

**Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala.**

XIV. DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

ASISTENCIA MÉDICA

Se vulneran los derechos a la vida y a la dignidad humana cuando se limita la prestación de la asistencia médica solo cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación

10 de febrero de 1995

Radicación: CE-SEC1-EXP1995-N2943

...«Sobre el fondo de asunto cabe precisar:

Disponer el artículo 26 del Acuerdo No. 536 de 20 de mayo de 1974, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, aprobado por el artículo 1o. del Decreto No. 770 de 30 de Abril de 1975, expedido por el Gobierno Nacional, lo siguiente:

“Los hijos de los asegurados amparados por el Seguro de Enfermedad General y Maternidad, tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondiente servicios para médicos y medios auxiliares de diagnóstico y tratamiento, durante el primer año de vida.

Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación...”

A la expresión antes subrayada se le endilga el cargo de transgredir principalmente los artículos 1o., 5o., 11, 13, 14 y 93 de la Constitución Política de 1991; 2o., 8o., 9o., 18 y 209 del Decreto Ley No. 2737 de 1989 (Código del Menor); 23, 24, 26 y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada a la Legislación Colombiana por la Ley 12 de 1991.

Para la Sala aparece evidente que las normas acusadas en cuanto supeditan la prestación de la asistencia médica por parte del Instituto de Seguros Sociales al menor cuando exista desde el principio pronóstico favorable de curación está estableciendo límite en la protección del derecho a la vida y a la dignidad humana, con claro quebranto de estos derechos que salvaguarda la Carta Política en sus artículos 10. y 11 pues ello equivale a afirmar en forma aberrante e inaudita, que no vacila esta Corporación en calificar está irremediamente condenado a padecer físicamente hasta que se produzca su deceso, ya que su vida carece de valor alguno para efectos asistenciales.

El quebranto anotado hace innecesario el estudio de la insubsistencia de la expresión acusada frente a las normas legales invocadas en la demanda.

Debe, en conclusión, declararse la nulidad de la expresión acusada por razón de la inconstitucionalidad sobreviniente de los actos administrativos que la contienen, con efectos erga omnes a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró en vigencia la nueva Carta Fundamental...».

*Ernesto Rafael Ariza M., Miguel González R.,
Libardo Rodríguez R., Yesid Rojas Serrano.*

EJERCICIO DE ACTIVIDADES COMERCIALES Y POLÍTICAS EN ESPACIOS PÚBLICOS

No puede el Código de Policía de Bogotá restringir la utilización del espacio público por menores de edad con fines comerciales y políticos

19 de marzo de 2015

Radicación: 25000-23-24-000-2003-00303-01

...«6.6.1. En cuanto al numeral 5 del artículo 70 del Acuerdo 79 de 2003. Consideró el Concejo Distrital, que un comportamiento que favorece la protección y conservación del espacio público, consiste en que “los menores de edad no podrán utilizar el espacio público con fines comerciales ni políticos”, tal y como lo dispone la norma acusada.

Efectuado un análisis de ponderación de derechos, la Sala no encuentra justificación alguna a la limitante contenida en la norma demandada, pues so pretexto de preservar el espacio público no se puede negar de manera absoluta como lo contempla, el ejercicio de derechos fundamentales de los cuales son titulares los niños y adolescentes como el libre ejercicio de la personalidad, el trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, entre otros. Desde ningún punto de vista puede estar el espacio público por encima de la garantía a los derechos fundamentales como los que se enunciaron en precedencia.

Los argumentos defensivos expuestos en el recurso de apelación por el apoderado judicial de la entidad demandada, no resultan suficientes para revocar la decisión adoptada por la primera instancia, por cuanto no es cierta la afirmación del recurrente según la cual, la posición adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-593 de 2005, “cercenó de un tajo la posibilidad de que a nivel departamental y municipal las autoridades locales hicieran uso del poder de policía”, pues la guardiana de la Carta Política no desconoció el ejercicio de este poder sino que lo supeditó al hecho de que mediante un reglamento, no se podían limitar ni restringir derechos fundamentales,

como quiera que el único competente para hacerlo es el Congreso de la República.

Por tanto es innegable que a los concejos municipales, sí les está reconocido el ejercicio del poder de policía residual, en cuanto tiene que ver con la expedición de normas administrativas (art. 313 numerales 7° y 9° de la Constitución Política), que no legislativas con el fin de procurar la preservación del orden público en el ámbito de su jurisdicción, siempre y cuando éstas no limiten ni menos aún nieguen el ejercicio de los derechos fundamentales de los habitantes del respectivo territorio, situación distinta a la medida adoptada en el numeral 5° del artículo 70 del Acuerdo 79 de 2003 demandado, como se verá enseguida.

Respecto de la nulidad de que adolece esta disposición del Código de Policía, es necesario analizarla desde dos puntos de vista, desde el enfoque de la prohibición a los menores de edad para ejercer actividades comerciales y la prohibición a participar de actividades políticas, en ambos casos en espacios públicos.

En cuanto al impedimento para desempeñar actividades comerciales lo cual implica por ende, el derecho a ejercer el trabajo y a escoger libremente un oficio, es innegable que la regla general es que los niños y los adolescentes no deberían trabajar ya que dependen económicamente de sus progenitores y deberían dedicarse a sus actividades académicas. Empero la legislación laboral ha permitido el trabajo a quienes no han alcanzado la mayoría de edad, bajo unos supuestos y exigencias normativas consignadas en esta legislación y en el Código del Menor reformado por la Ley de Infancia y Adolescencia.

Se hace necesario destacar que el artículo 44 de la Constitución Política al consagrar los derechos fundamentales de los niños, establece que serán protegidos contra toda forma de explotación laboral, lo cual implica que sí se les reconoce que pueden trabajar, siempre y cuando no sea de manera excesiva y bajo unas condiciones de respeto por su dignidad.

Conviene recordar que el artículo 8 del Código Sustantivo del Trabajo dispone **Libertad de trabajo:** *Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante resolución de autoridad competente, encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos que se prevean en la ley.*

Por su parte, el artículo 11 ídem establece: **Derecho al trabajo:** *Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión y oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la ley.*

Resulta evidente que estas dos disposiciones normativas de la legislación laboral, reconocen de manera general a todas las personas sin distinción alguno de edad, la libertad y el derecho a escoger trabajo en sus niveles profesional, de industria o comercio, siempre y cuando éste sea lícito.

De otra parte, en cuanto al derecho constitucional consagrado en el artículo 26 de la Carta Política, que reconoce a toda persona su libertad de escoger profesión u oficio, resulta de ilustración el siguiente aparte proferido por la Corte Constitucional:

“De otra parte, si bien la Constitución garantiza el derecho a escoger profesión u oficio, lo cierto es que tal derecho se vería lesionado si de él no se dedujera el derecho a ejercer la profesión u oficio escogido, en condiciones de libertad e igualdad, dentro de los parámetros de la Constitución. Ahora bien, los derechos fundamentales y dentro de ellos el derecho a escoger profesión u oficio, cuentan con límites internos y externos. Son límites internos aquellos que señalan las fronteras del derecho como tal y que conforman su propia definición: son límites externos los establecidos expresa o implícitamente por el propio texto constitucional, para defender otros bienes o derechos protegidos expresamente por la Carta”. (Sentencia C-606 diciembre 14 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón)

Por su parte esta Sección en torno al tema de la libertad de escoger profesión u oficio, ha reconocido que puede ser limitado mediante el ejercicio del poder de policía, cuando se trata de prohibiciones y sanciones las cuales en todo caso deben ser claras y precisas.

“Si bien las libertades atrás invocadas, en especial la de escoger profesión u oficio y la de libre empresa e iniciativa privada tienen una función social y se deben ejercer de acuerdo con el bien común, y que por lo mismo son pasibles de regulación legal y reglamentaria y de ser delimitadas en ejercicio del poder de policía, ello ha de hacerse de manera clara y precisa, más cuando esa delimitación se da en términos de prohibiciones y de sanciones, como desarrollo adecuado del principio de legalidad, que en materia de conductas reprochables o sancionables administrativamente también conlleva los principios de taxatividad y tipicidad. (Sentencia radicado 8923 de marzo 26 de 2004 M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta)

Acerca del reconocimiento del derecho al trabajo desempeñado por los menores de edad, resulta oportuno transcribir la siguiente cita de la

Sentencia C-170 de marzo 2 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil, mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 238 del Decreto Ley 2737 de 1989 o Código del Menor, relativo al trabajo infantil. Al respecto sostuvo lo siguiente:

“Ni la Constitución, ni los tratados internacionales proscriben el trabajo infantil. Sin embargo, el ordenamiento superior, en atención a la realidad social y económica que involucra tempranamente a los menores en el mundo laboral, regula su prestación, con el objetivo de velar por la efectiva protección del menor y humanizar las condiciones laborales. De todos modos, dicha regulación se enmarca, en primer lugar, en el reconocimiento de un catálogo amplio y riguroso de condiciones orientadas a velar por la efectiva defensa del menor y, en segundo término, en el compromiso de una vigencia temporal y excepcional, en razón a la obligación de los Estados de adoptar políticas públicas encaminadas a su total abolición (art. 1° Convenio No. 138 de la O.I.T)”

Queda entonces claro que no existe impedimento ni constitucional ni legal para que los menores de edad (niños y adolescentes), puedan ejercer el derecho al trabajo, tanto así que tanto la legislación nacional como los tratados internacionales ratificados por Colombia mediante leyes de la República, se han ocupado del tema.

De acuerdo con lo anteriormente referido, no encuentra justificación alguna la Sala para que a través de una norma de carácter policivo administrativo, como la consignada en el numeral 5° del Acuerdo 79 de 2003 que es un acto administrativo, se les impida a los menores de edad ejercer el derecho al trabajo en aras de preservar los espacios públicos, prohibición que desconoce normas de rango superior e incluso disposiciones de la Ley 12 de enero 22 de 1991, por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, resultando transgredido el bloque de constitucionalidad, lo cual deviene en inconstitucional e ilegal.

El otro enfoque en que ha de interpretarse la disposición demandada, es desde la prohibición que impide a los menores de edad participar en actividades de carácter político en espacios públicos.

La Sala observa que este impedimento, se debe mirar desde la perspectiva que tienen los menores de edad al libre desarrollo de su personalidad (artículo 16 de la Constitución Política) y, por ende, a expresar libremente sus opiniones ideológicas (artículo 20 **idem**), pues es bien sabido que el ejercicio de derechos políticos en estricto sentido está reservado para los ciudadanos,

es decir, para quienes han llegado a la mayoría de edad a los 18 años, según el artículo 98 **ibídem**.

En cuanto a la connotación y limitaciones del derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política, sostuvo la Corte Constitucional mediante Sentencia T-542 de septiembre 25 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

“Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria valoración ponderativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado. En consecuencia simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales (C.N. art. 15), o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho”.

Conscientes de lo anterior en forma acertada los demandantes afirman que resultó vulnerado el artículo 103 de la Carta Política y no el artículo 40 ídem, al considerar que el numeral 5 del artículo 70 del Código de Policía de Bogotá demandado, desconoció el ejercicio de los derechos democráticos reconocidos a la población juvenil, pues el espacio público es el escenario propio para el desarrollo del ejercicio democrático.

El artículo 40 de la Constitución Política dispone: *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede. (...) 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”.*

En todo caso, el hecho de que los menores de edad no puedan ejercer en estricto sentido y a plenitud todos los derechos políticos enlistados en el artículo 40 superior hasta que sean ciudadanos, no obsta para que puedan participar en movilizaciones o actividades proselitistas como expresión de su libre desarrollo de la personalidad, tal es el caso de los concejos municipales y distritales de juventud en el marco de los mecanismos de participación democrática consagrados en el inciso 2° del artículo 103 de la Constitución Política.

Muy ilustrativo resulta el siguiente aparte de un fallo proferido por la Sección Quinta de esta corporación, al examinar la legalidad del artículo 3° del

Decreto 089 de 2000 sobre la Elección de Consejos Municipales y Distritales de Juventud, en el que consideró lo siguiente:

“La regulación de protección a la juventud difiere sustancialmente de la que tiene que ver con la conformación, ejercicio y control del poder político, y con la participación democrática, prevista constitucionalmente en los artículos 40 y 99, así como en los títulos IV y IX de la Carta Política, pues ésta es una regulación bien específica que ha sido desarrollada, entre otras, por el código Electoral y por las Leyes 130 y 134 de 1994, mediante las cuales se dictaron los estatutos básicos de los partidos y movimientos políticos y se regularon los mecanismos de participación ciudadana, respectivamente”. (Sentencia 3484 Radicado 11001-03-28-000-2004-00030-01 de noviembre 17 de 2005 M.P. Darío Quiñones Pinilla)

En cuanto a la definición y funciones que desarrollan los concejos municipales de juventud, la misma Sección Quinta se pronunció en el siguiente sentido:

*“Los Consejos de Juventud son, según las disposiciones comentadas, asociaciones sui generis **de creación legal** conformadas por representantes de las organizaciones de la juventud y por jóvenes elegidos popularmente, **cuya existencia está supeditada a la expedición de un acto administrativo por parte de los Gobernadores y Alcaldes que las establezca y reglamente sus funciones**. Por tanto, esta clase de asociaciones no podrán tener existencia si no son creadas por actos administrativos. Su objeto se circunscribe a materias y temas relacionados con el desarrollo de la juventud y sus funciones, establecidas en la ley, están referidas **a la interlocución ante entidades públicas, la presentación de planes y programas para desarrollar la ley de la juventud, la veeduría sobre planes y programas oficiales**, la participación juvenil en el diseño de planes de desarrollo, el fomento de la creación de organizaciones y movimientos juveniles y la formación integral y participación de la juventud”. (Negritas fuera de texto) (Radicación 08001-23-31-000-2007-00943-01 de octubre 2 de 2008. M.P. Mauricio Torres Cuervo)*

De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales citados, considera la Sala que erró el Concejo Distrital al prohibir de manera absoluta a todos los menores de edad ejercer en los espacios públicos actividades de naturaleza política, pues en estricto sentido y en el contexto de nuestra democracia participativa, este grupo poblacional sí puede ejercer algunos mecanismos de participación democrática, ya que el ejercicio a plenitud de los demás derechos políticos sólo será posible cuando alcancen la mayoría de edad, de tal manera que una prohibición en este sentido resulta inane.

La Sala encuentra que resulta clara la violación del inciso 2° del artículo 103 de la Constitución Política, según el cual *El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles... con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan*, como quiera que es una verdad incuestionable que las reuniones y manifestaciones políticas, se realizan en las plazas y parques que conforman el espacio público, sitios a los cuales no se les puede impedir el ingreso a los jóvenes.

No son por tanto aceptados los argumentos de disenso expuestos por el apelante, quien afirmó que la prohibición del numeral 5° del artículo 70 del Código de Policía de Bogotá se justifica, en la medida en que pretende evitar la explotación laboral de los menores de edad y el riesgo que puede conllevar para sus vidas el hecho de que participen en actividades políticas, pues estas restricciones resultan excesivas y desproporcionadas ya que las normas constitucionales y legales así como los convenios internacionales en ningún momento niegan el ejercicio de derechos constitucionales fundamentales a los menores como los que resultan desconocidos por la norma demandada, so pretexto de preservar el espacio público.

No es legítimo coartar el derecho al trabajo o la participación política de los menores dentro de los límites legales, so pretexto de preservar el espacio público, por medio de un Acuerdo, de allí que será confirmada la providencia apelada en relación con este tema...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala (Salvamento parcial de voto),
Marco Antonio Velilla Moreno (Aclara voto).*

XV. ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS Y DERECHOS DE LOS INTERNOS

RÉGIMEN DE VISITAS A INTERNOS

Para la concesión de la visita conyugal no puede exigirse certificación de sanidad en la que conste que el interno o interna no padece enfermedad infectocontagiosa, venérea o sida

24 de marzo de 1995

Radicación: CE-SEC1-EXP1995-N3062

...«El señor Defensor del Pueblo, en su condición de tal, solicita de esta Corporación que se declare la nulidad de un requisito señalado en el artículo décimo, numeral 5, de la Resolución 5889 de 1993 expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- según el cual, para conceder visita conyugal, los directores de los centros de reclusión masculinos y femeninos deberán exigir una certificación de sanidad en la que conste que el interno o interna no padece enfermedad infectocontagiosa, venérea o sida, requisito que se exigió también para el otro cónyuge.

Cuando se hizo la consideración pertinente a la solicitud de suspensión provisional, esta Sala estimó al comparar el acto acusado con las normas señaladas como violadas, que sí se daba la transgresión puesto que era perentoria la prohibición contenida en el artículo 28 del Decreto 559 de 1991 de exigir certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual y que estaba claro, igualmente, que los artículos 37 y 38 de la misma disposición, establecen la discrecionalidad de las personas para someterse o no a las pruebas de este tipo, “salvo para fines probatorios, en un proceso judicial o por orden de autoridad sanitaria competente”.

No hubo oportuna defensa del acto por parte de quien lo expidió excepto una extemporánea nota de una abogada a quien la entidad confirió poder para que asumiera su representación en el proceso. En dicho memorial que, no tiene validez procesal dada su extemporaneidad se sugiere que no se daría la violación puesto que la norma superior presuntamente agredida regula aspectos de carácter general mientras que la norma acusada regula una situación especial y concreta.

La afirmación no resiste el más mínimo análisis jurídico ya que se está desconociendo el escalonamiento de la normatividad jurídica al pretender anteponer una resolución del director de un instituto nacional a un decreto del Gobierno Nacional.

La preferencia de una disposición relativa a un asunto especial frente a la que tenga carácter general, es predicable únicamente de aquellas normas que tengan la misma categoría según clara e indiscutible interpretación de la hermenéutica jurídica, además de taxativo mandato de la Ley 57 de 1887, en la que se adoptan códigos y se unifica la legislación nacional.

Así pues, una resolución, como la acusada, no puede sobrevivir jurídicamente si está contradiciendo flagrantemente disposiciones contenidas en normas que le son superiores y a las cuales debe estar supeditada.

Como está demostrado en el proceso, la solicitud de datos o la realización de procedimientos relacionados con investigaciones en el campo de la salud, requiere autorización del Ministerio de Salud o de su entidad delegada, según prescripción de la Ley 09 de 1979, artículo 482. Así también, refiriéndose a la prevención y al control epidemiológico, dispone el artículo 488, *ibidem*, que la reglamentación sobre la expedición de documentos que acrediten el estado de salud de los habitantes del país, corresponde al mismo Ministerio.

El control de los factores de riesgo, entre los que se encuentran indudablemente los mencionados en la certificación que se juzga corresponde también al Ministerio de Salud, según lo dispone el artículo 9 literal d) de la Ley 10 de 1990 por la cual se organiza el sistema nacional de salud. Disposición en igual sentido está contenida en el artículo 3 del Decreto 1471 de 1990. Por su parte, el Decreto 1562 de 1994, asigna, igualmente a ese despacho, la competencia para adelantar acciones de vigilancia epidemiológica y control de saneamiento en determinados sectores de la población.

Pero la violación más patente en la que incurre el acto demandado, se da frente al Decreto 559 de 1991, en cuyos artículos 28, 37 y 38 se prohíbe expresamente la exigencia de certificaciones referentes a enfermedades infectocontagiosas, venéreas y sida.

Es este el texto de los artículos en mención:

“ARTÍCULO 28. Sin perjuicio de las medidas sanitarias de carácter individual a que haya lugar y del derecho que toda persona tiene a obtener certificado sobre su estado de salud cuando lo considere conveniente, considérase la carnetización o certificación obligatoria al respecto como una medida ineficaz y discriminatoria. En consecuencia, prohíbese la exigencia de carnés o certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual, incluida la infección por HIV”. (Resalta de la Sala).

“ARTÍCULO 37. La práctica de pruebas serológicas para detectar infección por el virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) en encuestas a grupos con comportamientos de riesgo o población en general, sólo podrá efectuarse previo consentimiento del encuestado o cuando la autoridad sanitaria competente lo determine y nunca con fines discriminatorios” (se resalta).

“ARTÍCULO 38. Las personas privadas de libertad no podrán ser sometidas a pruebas obligatorias para detectar infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV), salvo para fines probatorios en un proceso judicial o por orden de autoridad sanitaria competente” (resalta la Sala).

Como puede verse, es tan determinante la prohibición de exigir certificaciones sobre las dichas enfermedades, que cualquier consideración que se quiera hacer sobre las normas transcritas sería incurrir en lucubraciones tautológicas. Las partes subrayadas por la Sala tienen la suficiente elocuencia para detectar, con su sola lectura, la agresión que a ellas se hace con el acto impugnado en el que se observa que, en primer lugar, es expedido por quien no tenía competencia para hacerlo; en segundo lugar, se hace sin contar con la voluntad del “encuestado”; y, en tercer lugar, se hace con fines discriminatorios manifestados en que del éxito del examen depende la certificación de sanidad que le daría al interesado la concesión de la visita conyugal por parte del director del centro de reclusión.

Es de colegirse, que no solo se violan con el acto demandado una a una las prohibiciones contempladas en los tres artículos transcritos sino particularmente, y en forma contundente, la tajante orden con que concluye el artículo 28: “... En consecuencia, prohíbese la exigencia de carnés o

certificados con referencia a enfermedades de transmisión sexual, incluida la infección por HIV”.

La falta de competencia del Director del INPEC para expedir el discutido acto es relevada por la Agencia del Ministerio Público al citar una sentencia de la Corte Constitucional (T-273, julio 4/93) en la que se afirma que “quienes tienen a su cargo las cárceles del país, son autoridades sometidas al derecho vigente y, por tanto, no podrán ejercer funciones distintas de las que les atribuyen la Constitución y la Ley - Artículo 121 de la Constitución Nacional”.

Está comprobado, en el caso *sub iuris*, que existe violación flagrante y manifiesta del decreto por parte de la resolución acusada y en consecuencia se declarará su nulidad. No entrará por lo tanto en pronunciamientos de otra índole que, si bien son afines a la temática del enjuiciamiento que se ha hecho, no son asunto de la decisión, tales como si existe o no violación de los derechos individuales con el acto acusado, si se atenta contra el veto a la discriminación o contra la posición de los organismos internacionales y las doctrinas cada vez más crecientes sobre la protección a la libertad y el respeto debido a la dignidad humana.

Lo dicho no obsta para que, teniendo en cuenta que el presente fallo está en directa relación con la protección de esos derechos, la Sala se declare acorde con la insistencia a que alude el señor Procurador Delegado ante esta Corporación, en la “*existencia, vigencia y materialización de ámbitos éticos humanos como la dignidad, la intimidad y la autonomía de las personas en general*” y en que, “*una decisión como la tomada por el Director de Prisiones, pone de presente no solo la controversia formal de contradicción jerárquica normativa, sino especialmente una reflexión sobre el poder del Estado y su permanente pretensión de omnipresencia, que sólo el juez, en un Estado de Derecho, puede atajar*”...».

Ernesto Rafael Ariza M., Miguel González R.,
Libardo Rodríguez R., Yesid Rojas Serrano.

RÉGIMEN DE VISITAS A INTERNOS

Visita íntima

USO DE CABELLO LARGO Y BARBA

Restricción

5 de marzo de 1998

Radicación: CE-SEC1-EXP1998-N4386

...«Considera el actor que el artículo 30 del Acuerdo 11 de 1995, vulnera, entre otros, los artículos 112 de la Ley 65 de 1993 y los artículos 13 y 15 de la Constitución Política. El texto de las normas anteriormente citadas es el siguiente:

Acuerdo 11 de 1995:

«ARTÍCULO 30. REQUISITOS PARA OBTENER EL PERMISO DE VISITA INTIMA.

«1. Solicitud escrita del interno al director del establecimiento, en el cual indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del cónyuge o compañero (a) permanente visitante.

«2. Para personas sindicadas, autorización del juez o fiscal. En caso de que la visita íntima requiera de traslado de un interno a otro centro de reclusión donde se encuentre su cónyuge o compañero (a), se hará constar este permiso que conceda la autoridad judicial...

«4. El director de cada establecimiento verificará el estado civil de casado (a) o la condición de compañero (a) permanente del visitante...».

Ley 65 de 1993:

«ARTÍCULO 112.- Régimen de visitas.(...) La visita íntima será regulada por el reglamento general, según principios de higiene, seguridad y moral».

La Sala declarará probado el cargo en estudio, pues la norma reglamentaria circunscribe la «visita íntima» al cónyuge o compañero (a) permanente, en tanto que la norma reglamentada se refiere en términos generales a la «visita íntima», sin hacer la distinción que hace el artículo 30 acusado.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón al actor cuando afirma que se viola el artículo 112 de la Ley 65 de 1993 y los artículos 13 y 15 de la Constitución Política que consagran los principios a la igualdad y a la intimidad, dado que, en efecto, de la visita íntima quedarían excluidos aquéllos internos que a pesar de tener un novio (a) o amigo (a) íntimo (a) no estén casados o no tengan un cónyuge o compañero (a) permanente. (...)

f) Para el demandante, la prohibición contenida en el artículo 38 del Acuerdo 11 de 1995, en el sentido de que los internos no podrán tener cabello largo o barba vulnera el artículo 16 de la Constitución Política, que consagra el libre desarrollo de la personalidad.

La anterior apreciación no es compartida por la Sala, ya que no debe olvidarse que las personas reclusas en un establecimiento carcelario tienen ciertas limitaciones que han sido establecidas por obvias razones de seguridad, como es la aquí cuestionada, pues, por ejemplo, de permitirse a los reclusos llevar cabello largo o barba, ello podría facilitar una posible suplantación o evasión, o dificultar la identificación rápida en caso de necesidad. Además, el cabello largo permite que en él se oculten elementos o sustancias cuyo uso no es permitido dentro de las cárceles.

En cuanto a que la norma no hace diferenciación entre sindicatos y condenados, la Sala observa que, en este caso, dicha diferenciación es irrelevante, pues lo cierto es que tanto los unos como los otros se encuentran reclusos y, por lo tanto, internos de ambas categorías podrían utilizar el cabello y la barba con fines ilícitos. Por consiguiente, no encuentra prosperidad el cargo...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

MATERIAL PORNOGRÁFICO

No está prohibido su ingreso ni tenencia en establecimientos carcelarios

5 de febrero de 2015

Radicación: 11001-03-24-000-2009-00527-00

...«Se cuestiona en el presente caso si la prohibición en los centros carcelarios de posesión y circulación de material pornográfico excede la facultad prevista en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 y la sentencia de la Corte Constitucional C-184 de 1998 que declaró inexecutable el parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993, que establecía dicha prohibición.

En providencia de 8 de abril de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado dispuso la suspensión provisional del aparte atacado por considerar que:

“(...)el supuesto normativo en ella contenido, excede notablemente la norma superior contenida en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 y la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en la precitada sentencia, pues la Corte Constitucional fue diáfana en establecer que las limitaciones a los derechos de los reclusos debe(n) tener como finalidad el cumplimiento de la pena impuesta, velar por la resocialización de los reclusos, el mantenimiento del orden, el cumplimiento de la disciplina que permita la convivencia al interior de los penales y la prevención de situaciones que pongan en peligro la eficacia de la función del sistema carcelario.

Para el efecto, estimó que la prohibición de material pornográfico en los centros carcelarios, al no cumplir con dichas finalidades debía ser declarada inconstitucional. Al respecto, es preciso recordar que el artículo 243 de la Constitución Política dispone respecto de las sentencias de constitucionalidad lo siguiente:

“ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo,

mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

En consecuencia, para la Sala, el acto acusado constituye un claro exceso en la facultad prevista en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993, que permite a los distintos centros penitenciarios establecer sus propios regímenes penitenciarios, siempre y cuando no sobrepasen la facultad establecida en la Ley.

De igual forma, estima la Sala que el aparte del acto acusado constituye una violación manifiesta del artículo 243 de la Constitución Política, toda vez que una autoridad pública, en este caso, el INPEC, está reproduciendo el contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable.”

Dentro de este contexto cabe precisar en primer lugar que la excepción alegada de inepta demanda propuesta por el INPEC no está llamada a prosperar porque se fundamenta en que la prohibición consignada en el artículo 34 de la Resolución 122 de 2005 objeto de la demanda, lo fue por un error involuntario y el Establecimiento Carcelario de La Dorada Caldas, la viene inaplicando.

Al respecto, la Sala reitera que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo solo procede por vía jurisdiccional, por las expresas causales previstas en la ley, cuya competencia se encuentra asignada a la jurisdicción contencioso administrativa, y su objeto es restablecer el ordenamiento jurídico en abstracto. En sentencia C-184 de 1998, la Corte Constitucional señaló:

7.1. Norma acusada:

Artículo 110.-*Información Externa. Los reclusos gozan de libertad de información, salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada. En todos los establecimientos de reclusión, se establecerá para los reclusos, un sistema diario de informaciones o noticias que incluya los aspectos más importantes de la vida nacional e internacional, ya sean boletines emitidos por la dirección o por cualquier otro medio que llegue a todos los reclusos y que no se preste para alterar la disciplina.*

Parágrafo. Queda prohibida la posesión y circulación de material pornográfico en los centros de reclusión.

Se subraya lo demandado. (...)

b. Un problema diferente plantea la regulación contenida en el párrafo demandado del mismo artículo. No existe justificación constitucional que permita la

limitación de los derechos de los internos más allá de las exigencias relacionadas con la finalidad perseguida por la pena impuesta, y que velan por la resocialización de los reclusos, el mantenimiento del orden, el cumplimiento de la disciplina que permita la convivencia al interior de los penales, y la prevención de situaciones que pongan en peligro la eficacia de la función del sistema carcelario.

Por eso resulta extraño que la ley pretenda limitar actividades que dependen de la libre opción de cada individuo, es decir, del ejercicio de sus gustos y aficiones, y de las cuales no se deriva perjuicio o atentado contra los derechos ajenos. Como ya ha tenido oportunidad de sostenerlo la Corte: el establecimiento de un régimen disciplinario que busque el orden en los recintos carcelarios, «no implica que el recluso no pueda poseer material pornográfico –o de cualquier otro tipo–, porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos mientras no afecte los derechos de los demás.

Ahora bien: junto al reconocimiento que hace esta Corporación de la libertad que los internos tienen para poseer material pornográfico, hay que advertir que el ingreso o circulación de este tipo de documentos debe cumplir con los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para el ingreso y circulación de cualquier otro tipo de material cuya tenencia sea permitida. Con esta aclaración se busca prevenir el surgimiento de mecanismos clandestinos de comercialización de este tipo de material y reiterar la prohibición legal aplicada a los guardianes de las instituciones carcelarias en el sentido de actuar como divulgadores de pornografía y en general, como comercializadores de cualquier tipo de sustancia lícita o ilegal. Las razones que asisten a la Corte para hacer este pronunciamiento son elementales: de un lado, es contrario a la naturaleza de estos funcionarios públicos servir de intermediarios entre el mundo exterior y el centro de reclusión para la provisión de bienes de cualquier naturaleza, y por otra parte, todas las instituciones carcelarias deben establecer con claridad la forma de ingresar bienes y prestar servicios permitidos por la ley y los reglamentos. El párrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993 será declarado inexecutable por las razones expresadas y con las aclaraciones hechas, pues viola reglas constitucionales que garantizan la libertad de información, de expresión y el libre desarrollo de la personalidad.

Dentro de este contexto procede analizar el alcance de la cosa juzgada constitucional frente a una disposición declarada inexecutable, la Corte Constitucional ha precisado su alcance en los siguientes términos:

“Configuración de cosa Juzgada Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

4. El artículo 241 Superior encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, y el artículo 243 Superior determina que “[L]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a

cosa juzgada constitucional”. De otra parte, el artículo 244 Superior le otorga a los pronunciamientos de este Tribunal un carácter inmutable, vinculante y definitivo, de manera que el juez constitucional no puede volver a conocer y decidir sobre lo resuelto. De esta manera, los pronunciamientos de la Corte Constitucional tienen carácter definitivo e inmutable, esto es, los cobija la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional en desarrollo del principio de seguridad jurídica.

5. La cosa juzgada constitucional tiene como efecto, de un lado, la prohibición de que las autoridades puedan reproducir o aplicar el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo; y de otro lado, implica una restricción frente a la propia actividad de la Corte, ya que si este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, pierde prima facie la competencia para pronunciarse nuevamente sobre el mismo tópico, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991.

Por tanto, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que en relación con las sentencias de constitucionalidad rige el principio general de la cosa juzgada constitucional absoluta, el cual impide que el juez se pronuncie de nuevo sobre lo que ya ha sido juzgado por esta Corporación en providencias anteriores de constitucionalidad. Este principio cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones de inexecutable, por cuanto en estos casos las normas analizadas y encontradas contrarias a la Carta Política son expulsadas del ordenamiento jurídico. De esta manera, la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional se orienta a garantizar la estabilidad de las sentencias judiciales, la certeza respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica”.

Dentro de este marco jurisprudencial y retomando los argumentos esbozados en el auto que decretó la suspensión provisional y de conformidad con el precedente de la Corte Constitucional, y sin que en desarrollo del proceso se hayan desvirtuado los fundamentos que dieron lugar a la misma, por haberse encontrado que la expresión acusada contraría el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 y el principio de la cosa juzgada constitucional contenido en el artículo 243 de la Constitución Política, se declarará la nulidad de la expresión **“material pornográfico”** contenida en el artículo 34 de la Resolución 122 de 8 de febrero de 2005, Reglamento Interno del Establecimiento Penitenciario de Alta y media Seguridad de la Dorada Caldas, aprobado por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario “INPEC”, mediante Resolución 1605 de 4 de abril de 2005...».

Guillermo Vargas Ayala, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.

XVI. EXPROPIACIÓN POR VÍA ADMINISTRATIVA

ACTOS OBJETO DE CONTROL JUDICIAL

Solo es objeto de control judicial el acto administrativo que decide la expropiación

20 de febrero de 2014

Radicación: 25000-23-24-000-2005-00348-01

...«La Sala abordará el análisis de los planteamientos aducidos en la apelación, comenzando por evaluar si el Tribunal erró al proferir un fallo inhibitorio respecto de las Resoluciones 7864 de 17 de septiembre de 2003 y 7962 de 12 de julio de 2004, por conformar estas, junto con la Resolución de expropiación, un acto administrativo complejo, que debían ser, por tanto, objeto de pronunciamiento judicial. El *a quo*, por su parte, estimó que dichas Resoluciones no constituyen el acto administrativo expropiatorio, según lo expuesto por el artículo 71 de la Ley 388 de 1997, por lo que las mismas no son pasibles de enjuiciamiento en la vía contencioso administrativa. Así, el artículo 71 dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“Proceso contencioso administrativo. Contra la decisión de expropiación por vía administrativa procede acción especial contencioso-administrativa con el fin de obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión. El proceso a que da lugar dicha acción se someterá a las siguientes reglas particulares:

1. El órgano competente será el Tribunal Administrativo en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble expropiado, en primera instancia, cualquiera que sea la cuantía.

2. Además de los requisitos ordinarios, a la demanda deberá acompañarse prueba de haber recibido los valores y documentos de deber puestos a disposición

por la administración o consignados por ella en el mismo Tribunal Administrativo, y en ella misma deberán solicitarse las pruebas que se quieran hacer valer o que se solicita practicar.

3. (...)

4. Notificada la demanda a la entidad autora de la decisión de expropiación por vía administrativa, y concluido el término de cinco (5) días para la contestación de la misma, en la cual igualmente deberán indicarse las pruebas que se solicitan, se ordenará un período probatorio que no podrá ser superior a dos (2) meses, concluido el cual y después de dar traslado común a las partes para alegar por tres días, se pronunciará sentencia.

5. Contra la sentencia procederá recurso de apelación ante el honorable Consejo de Estado, el cual decidirá de plano, salvo que discrecionalmente estime necesario practicar nuevas pruebas durante un lapso no superior a un mes. La parte que no haya apelado podrá presentar sus alegaciones, por una sola vez, en cualquier momento antes de que el proceso entre al despacho para pronunciar sentencia.

6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución Política, en el proceso no podrán controvertirse los motivos de utilidad pública o de interés social, pero sí lo relativo al precio indemnizatorio.

7. Cuando la sentencia revoque la decisión del Tribunal Administrativo y declare la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, dispondrá lo siguiente...” (Subrayado fuera de texto).

De la literalidad de la norma transcrita se infiere, evidentemente, que la demanda ante esta Jurisdicción procede únicamente contra el acto administrativo que decide la expropiación. No obstante, es del caso verificar si de acuerdo con lo expuesto por la demandante, es procedente adelantar un juicio de legalidad contra las Resoluciones que, en el presente caso, conformaron la oferta de compra y dieron lugar, posteriormente a la expedición de la Resolución 12086 de 25 de octubre de 2004, por la cual se dispuso la expropiación administrativa.

Al efecto, es menester reparar en el contenido normativo de los artículos 66 y 68 de la Ley 388 de 1993, pues de acuerdo con la actora, los actos administrativos que allí se contemplan, referentes a la oferta de compra y al acto expropiatorio respectivamente, conforman esa unidad de contenido y de fin que amerita el reconocimiento de la figura jurídica por aquel aducida:

Artículo 66. *Determinación del carácter administrativo. La determinación que la expropiación se hará por la vía administrativa deberá tomarse a partir de la iniciación del procedimiento que legalmente deba observarse por la autoridad competente para adelantarlos, mediante acto administrativo formal que para el efecto deberá producirse, el cual se notificará al titular del derecho de propiedad sobre el inmueble cuya adquisición se requiera y será inscrito por la entidad expropiante en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su ejecutoria. Este mismo acto constituirá la oferta de compra tendiente a obtener un acuerdo de enajenación voluntaria.*

Artículo 68. *Decisión de la expropiación. Cuando habiéndose determinado que el procedimiento tiene el carácter de expropiación por vía administrativa, y transcurran treinta (30) días hábiles contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo de que trata el artículo 66 de la presente ley, sin que se haya llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria contenido en un contrato de promesa de compraventa, la autoridad competente dispondrá mediante acto motivado la expropiación administrativa del bien inmueble correspondiente, el cual contendrá lo siguiente:*

1. *La identificación precisa del bien inmueble objeto de expropiación.*
2. *El valor del precio indemnizatorio y la forma de pago.*
3. *La destinación que se dará al inmueble expropiado, de acuerdo con los motivos de utilidad pública o de interés social que se hayan invocado y las condiciones de urgencia que se hayan declarado.*
4. *La orden de inscripción del acto administrativo, una vez ejecutoriado, en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, para los efectos de que se inscriba la transferencia del derecho de dominio de su titular a la entidad que haya dispuesto la expropiación.*
5. *La orden de notificación a los titulares de derecho del dominio u otros derechos reales sobre el bien expropiado, con indicación de los recursos que legalmente procedan en vía gubernativa.”*

Asimismo, es preciso hacer referencia a la teoría del acto administrativo complejo, para lo cual se trae a colación lo señalado por esta Sección al respecto:

“Características de los actos acusados: Las dos resoluciones acusadas constituyen en realidad un solo acto administrativo, integrado por las declaraciones de voluntad de dos autoridades distintas, en ejercicio de la función administrativa, con unidad de contenido y unidad de fin, por lo cual constituyen un acto administrativo complejo,

en cuanto dichas declaraciones se fusionan en una unidad, para darle nacimiento o perfeccionar el acto, sin que ninguna de ellas pueda considerarse como un acto de trámite respecto de la otra. Tampoco se puedan tomar como parte o desarrollo de un procedimiento administrativo, como erradamente lo plantean los actores, pretendiéndoles aplicar las reglas de dicho procedimiento previstas en la primera parte del Código Contencioso Administrativa, como son las atinentes, entre otras, a los recursos de la vía gubernativa. En su condición de acto administrativo complejo corresponde, a la vez, a los actos administrativos generales, que por disposición expresa del artículo 49 del C.C.A. no tienen recurso...

Obsérvese que de la transcripción de los artículos 66 y 68 de la Ley 388 de 1997 y de lo expuesto en la jurisprudencia citada, se colige que no resulta atinado atribuir la calidad de acto administrativo complejo a las dos Resoluciones consistentes en la oferta de compra y la expropiatoria respectivamente, pues de ellas no se deriva la unidad de contenido y de fin aducidos por el actor, y menos aún el cumplimiento de los demás presupuestos expuestos en la sentencia referenciada.

Así, en cuanto a la aludida unidad de contenido y fin, nótese que la Resolución 7864 de 17 de septiembre de 2003, correspondiente a la regulación prevista en el artículo 66 de la Ley 388 de 1997, procura la enajenación voluntaria del inmueble; y, al contrario, la Resolución 12086 de octubre 25 de 2004, concerniente a lo dispuesto en el artículo 68 *ibidem*, contiene la decisión administrativa expropiatoria, por lo que se observa una evidente disparidad de propósito entre ambos actos, independientemente de que las dos resoluciones hagan parte de un mismo procedimiento administrativo tendiente, en últimas, a que el inmueble pase a la esfera de dominio de la administración, con ocasión de los motivos de utilidad pública por ella invocados. Así, mientras la primera de las resoluciones tiene como finalidad instar al propietario para que venda el inmueble a la administración, lo cual habría de plasmarse en una escritura pública de compraventa, la segunda contiene la decisión expropiatoria definitiva respecto del inmueble, y como tal, conforma el título jurídico por el que la administración se hará propietaria del bien, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 68 numeral 4º y 70 de la Ley 388 de 1997. Ello conlleva a reparar, además, en que cada acto ha de generar títulos de dominio de diversa índole para la administración, pues el primero consiste apenas en la oferta tendiente a concretar un negocio de enajenación a estipularse en una posterior escritura pública, según se anotó, en cambio el otro, consagra la decisión administrativa por la cual el bien pasa a ser de propiedad del Estado, y ello, se recalca, con independencia

de que ambos actos hubieren emanado de un procedimiento administrativo de expropiación administrativa.

Ahora, el que las dos resoluciones dimanen del mismo procedimiento excluye de plano el requisito anotado en la jurisprudencia citada, referente a que uno de los actos no sea trámite o prerequisite del otro, puesto que, como aquí se advierte, la Resolución 7864 debía ser necesariamente emitida con miras a lograr la enajenación voluntaria del inmueble, previo a que la administración resolviera desplegar el proceso expropiatorio, de forma tal que al consistir el primero de los actos, en presupuesto del otro, se evidencia que no existe la figura sugerida por el actor, aunado a que las resoluciones en comento fueron emitidas por la misma autoridad administrativa, esto es, la Alcaldía Mayor de Bogotá – Instituto de Desarrollo Urbano IDU, lo cual, como se expone en la Sentencia de esta Sección, descarta toda posibilidad de que se configure un acto administrativo complejo.

De otro lado, es del caso señalar que los actos referentes a la oferta de compra no están llamados a generar perjuicios al administrado, teniendo únicamente tal potencialidad el acto administrativo de expropiación, por lo que, desde esta perspectiva, tampoco se vislumbra el que proceda la acción incoada por la demandante contra aquellos. Así se puntualizó por esta Sección en Sentencia de 18 de marzo de 2010, Expediente No. 2008-00434-01, con ponencia de quien presenta esta Providencia:

“De las explicaciones expuestas, considera la Sala que en la etapa de negociación voluntaria la administración no está efectuando ningún tipo de actividad administrativa que pueda perjudicar al administrado, pues precisamente, los términos en que se presentan la negociación es voluntaria. Lo anterior permite concluir que el acto por medio del cual se hace una oferta al propietario del bien inmueble que puede ser objeto de expropiación administrativa o judicial dependiendo de las circunstancias ya reseñadas, no genera un perjuicio alguno para el actor.”

Así las cosas, le asiste razón al a quo cuando afirma que la acción especial contencioso administrativa tendiente a obtener la nulidad y restablecimiento del derecho o a controvertir el precio indemnizatorio, se predica en exclusiva del acto administrativo expropiatorio en los términos del artículo 71 de la Ley 388 de 1997, por lo que la Sala no acoge el planteamiento de la demandante referente al acto administrativo complejo para enjuiciar las Resoluciones de oferta de compra y su modificación.

De otra parte, no sobra advertir que, contrario a lo sugerido por la demandante, el hecho de que resulte viable o no pronunciarse de fondo frente

a los actos formales atinentes a la oferta de compra y a su modificación, en nada afectaría una eventual decisión judicial favorable a sus intereses, por cuanto si las pretensiones se hallan encaminadas a que se ajuste el precio indemnizatorio, ello se ha de materializar mediante la sentencia que así lo ordene, sin que interese al efecto lo que la administración hubiere decidido con anterioridad en relación con el precio en la oferta de compra, dado que esta constituye una decisión administrativa formal que en modo alguno cuenta con la facultad de dificultar o de impedir la ejecución de una providencia judicial que ordene el reajuste del valor expuesto en el acto administrativo de expropiación. De este modo, la tesis propuesta por la actora, se observa desprovista de una finalidad valedera frente a sus pretensiones en esta instancia, pues, se reitera, de prosperar su petición, la misma sería ejecutable sin perjuicio de lo señalado en los actos administrativos constitutivos de la oferta de compra...».

*Guillermo Vargas Ayala, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

ACTOS OBJETO DE CONTROL JUDICIAL

Se unifica postura en cuanto a que no pueden haber actos exentos de control judicial

11 de diciembre de 2015

Radicación: 25000-23-24-000-2006-01002-01

...«[E]n lo atinente a los actos a través de los cuales se declaran los motivos de utilidad pública o de interés social, la Sala rectifica el criterio que sostiene que ellos dentro del proceso expropiatorio sólo cumplen una función preparatoria en la expedición de los actos que finalmente ordenan la expropiación, dado que lo mismos sí crean una situación jurídica particular y concreta. En efecto, se trata de un acto que produce efectos jurídicos inmediatos y directos respecto del administrado, por cuanto ordena adelantar e iniciar el trámite expropiatorio respecto de unos bienes determinados.

Lo anterior cobra mayor fuerza en el entendido de que el mismo constituye la etapa inicial del procedimiento expropiatorio sin el cual no resulta posible habilitar a la autoridad para adelantarlos; no puede olvidarse que entre el acto expropiatorio y el que declara las condiciones de utilidad pública e interés social existe una relación de causa a efecto, pues sin la existencia de los primeros no pueden expedirse los segundos.

Bajo los conceptos que anteceden, el acto administrativo en estudio, al estar llamado a generar perjuicios al administrado, es pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo anterior sin perjuicio de los instrumentos procesales de impugnación dispuestos en el ordenamiento jurídico frente a la decisión de expropiación por vía administrativa, al tenor de lo dispuesto en artículo 71 de la Ley 388 de 1997, el cual dispone:

“Artículo 71.- Proceso contencioso administrativo. Contra la decisión de expropiación por vía administrativa procede acción especial contencioso-administrativa con el fin de obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho

lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión. El proceso a que da lugar dicha acción se someterá a las siguientes reglas particulares (...)”.

En conclusión, la Sala adopta los siguientes criterios en aras de unificar la jurisprudencia:

- Todo procedimiento expropiatorio debe respetar el principio de legalidad como expresión democrática del Estado Social de Derecho.

- No puede haber actos exentos de control judicial; se proscribe la inexistencia de controles judiciales respecto de las actuaciones resultantes del ejercicio del poder público en materia expropiatoria.

- Los actos que declaran los motivos de utilidad pública o de interés social crean una situación jurídica particular y concreta; producen efectos jurídicos inmediatos y directos respecto del administrado.

- La revisión judicial de los motivos de utilidad pública o de interés social se puede hacer vía judicial a través del ejercicio de acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

- La acción especial contencioso – administrativa también procede contra el acto administrativo que decide la expropiación con el fin de *“obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido”*, al tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 388 de 1997.

Se hace énfasis que la decisión guarda relación con la expropiación administrativa figura diferente a la expropiación judicial...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Roberto Augusto Serrato Valdés, Guillermo Vargas Ayala.*

INDEMNIZACIÓN POR EXPROPIACIÓN

Carácter reparatorio, justo y pleno

14 de mayo de 2009

Radicación: 05001-23-31-000-2005-03509-01

...«El artículo 58 de la Constitución Política de Colombia, garantiza la intangibilidad de la propiedad privada y de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. En su inciso 4º, modificado por el Acto Legislativo N° 1 de julio 30 de 1999, se establece sin embargo que, *“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso-administrativa, incluso respecto del precio.”*

En ese orden de ideas, cuando un particular se ve constreñido por el Estado a transferirle una porción de su patrimonio por motivos de utilidad pública o de interés social debidamente determinados por el legislador, tiene derecho al pago de una indemnización de carácter reparatorio y pleno, que comprenda tanto el valor del bien expropiado, como el que corresponda a los demás perjuicios que se le hubieren causado, tal como lo han precisado en forma reiterada la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado.

En ese mismo sentido, el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece de manera tajante y asertiva que *“Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella sino en caso evidente de necesidad pública, debidamente justificada y previa **una justa indemnización.**”* (negritas ajenas al texto)

El Pacto de San José de Costa Rica, relativo a los derechos económicos y sociales, que por virtud de lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Política de 1991 forma parte del llamado «bloque de constitucionalidad», prevé igualmente en su artículo 21.2 el pago de una indemnización previa y justa que cubra la totalidad de los perjuicios que se deriven de la

transferencia forzada de un bien de dominio privado en favor del Estado. Lo anterior significa que el valor que se determine con esa finalidad, debe ser comprensivo de todas las ablaciones patrimoniales causadas, de tal suerte que las mismas sean objeto de una reparación integral. Por lo mismo, en la determinación del *quantum indemnizatorio* debe tenerse especial cuidado en no rebasar, en uno u otro sentido, la línea divisoria que marca las fronteras entre el enriquecimiento y el menoscabo.

Como bien se puede observar, el principio general que subyace en estas normas de rango superior, indica que los daños y perjuicios que se originen en el acto de autoridad mediante el cual se decreta la incorporación al dominio público de bienes de propiedad particular para satisfacer con ellos una necesidad de interés general, presupone necesariamente la obligación a cargo de la autoridad que ostenta la *potestas expropriandi*, de indemnizar plena y previamente al afectado, con el propósito de restablecer el equilibrio roto por la privación patrimonial a la cual es sometido de manera forzada. En otras palabras, el hecho de que en estos casos el interés general deba prevalecer sobre los intereses privados, no significa en modo alguno que por dicha circunstancia queden excluidas las garantías que la Constitución reconoce en favor del propietario, pues no puede pretenderse que éste deba asumir a título personal un detrimento en su patrimonio, como consecuencia de la ruptura del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas.

Así las cosas, la indemnización que ha de reconocerse al afectado en estos casos como consecuencia de la transmisión imperativa de su derecho de dominio, constituye un instrumento para garantizar que el perjuicio sea transferido a todos los miembros de la colectividad y reparado de manera integral.

Partiendo de las anteriores consideraciones, La H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-153 de 1994 señaló que el *quantum* de la expropiación debe abarcar, además del valor del bien expropiado, el de “...los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación”. Y agrega: “Por todo lo anterior, es evidente que la indemnización prevista en el artículo 58 de la Constitución es reparatoria y debe ser plena, ya que ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado.” (*Cursivas de la Corte*).

En esa misma línea de pensamiento, el destacado administrativista argentino Manuel María Díez, señala que “[...] la suma a pagar debe cubrir exactamente el daño que se irroga al propietario, sin que éste se empobrezca ni enriquezca, en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse.”

En sintonía con la anterior apreciación, el profesor Rafael Bielsa comenta que “*La reparación integral debe ser justa y razonable*” y continúa diciendo, “...«el justiprecio» es el que representa y restablece el equilibrio, no, desde luego, nominalmente, sino realmente, efectivamente.”

Como corolario de lo expuesto, debe entenderse que la decisión de expropiar un bien del dominio privado, comporta necesariamente la obligación de indemnizar el daño, todo el daño y nada más que el daño, esto es, sin pecar por exceso o por defecto, pues es claro que una indemnización que exceda los límites de lo justo, o que resulte ser parcial o incompleta, se aparta del postulado de justicia consagrado por el constituyente.

Así las cosas, toda indemnización que se torne írrita o injusta ocasiona un menoscabo o desmedro económico al patrimonio de la persona afectada con la expropiación, a quien le asiste el derecho subjetivo de ser indemnizada conforme a la garantía constitucional ya mencionada. En caso contrario, el asunto podrá ser objeto de acción contencioso-administrativa, puesto que ésta es procedente respecto del precio, cuando el expropiado considere incumplido el mandato de que la indemnización sea justa y plena.

Lo anteriormente expuesto explica el porqué el artículo 71° de la Ley 388 de 1997, en el cual se regula el proceso contencioso administrativo especial de expropiación por vía administrativa, establecen textualmente lo siguiente en el inciso 1° y el numeral 6°:

Artículo 71°.- Proceso contencioso administrativo. Contra la decisión de expropiación por vía administrativa procede acción especial contencioso-administrativa **con el fin de obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio reconocido**, la cual deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguientes a la ejecutoria de la respectiva decisión. El proceso a que da lugar dicha acción se someterá a las siguientes reglas particulares: *(Subrayado fuera de texto)* [...]

6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución Política, en el proceso **no podrán controvertirse los motivos de utilidad pública o de interés social, pero sí lo relativo al precio indemnizatorio.** *(Subrayado fuera de texto)*

Como bien se puede observar, los dispositivos legales que se acaban de indicar, permiten a los propietarios afectados demandar ante la justicia administrativa el pago de los daños derivados de una expropiación por vía administrativa, cuando quiera que el precio indemnizatorio reconocido por la administración a título de indemnización no alcance a proporcionar una reparación justa y plena, esto es, cuando la suma decretada no sea suficiente para cubrir el valor comercial del inmueble y los demás daños irrogados (*Ablatio domini*), con lo cual se quiere evitar una ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Por otra parte, no sobra precisar que para poder obtener la reparación de los daños accesorios que hubieren podido consumarse con la expropiación, es indispensable que los mismos sean ciertos y que exista necesariamente un nexo de causalidad entre ellos y la decisión administrativa mediante la cual se decretó la expropiación.

El carácter resarcible del daño depende fundamentalmente de la certeza de su ocurrencia, pues es claro que las lesiones de carácter hipotético, estocástico o contingente no pueden ser objeto de reparación o compensación. El agravio debe estar revestido entonces de certeza para que produzca efectos jurídicos y dé lugar al resarcimiento, pues todo aquello que constituya una simple conjetura o una suposición no puede dar lugar a una indemnización. Lo anterior no obsta para que se tengan como ciertos aquellos daños futuros que a pesar de no haberse consolidado todavía, no existe ninguna duda acerca de su advenimiento. Para que el perjuicio exista, resulta completamente indiferente que aquél ya se haya presentado como un hecho existente en plano ontológico o que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual. Al fin y al cabo el daño futuro no es sino una modalidad del daño cierto, tal como lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Sección Tercera de esta Corporación.

Los anteriores comentarios llevan a señalar que los daños anejos a la pérdida del derecho de dominio, deben ser acreditados en el proceso por quien reclama su resarcimiento, ya sea por tratarse de lesiones ya causadas o de daños que si bien no se han producido todavía, existe un alta probabilidad en torno a su ocurrencia...».

*María Claudia Rojas Lasso, Rafael E. Ostau De Lanfont Pianeta,
Martha Sofía Sanz Tobón, Marco Antonio Velilla Moreno.*

XVII. FACULTADES PRO TEMPORE O EXTRAORDINARIAS

ALCALDE MUNICIPAL

Debe ejercer las facultades pro tempore otorgadas por el Concejo Municipal dentro del término de la autorización

13 de mayo de 2010

Radicación: 76001-23-31-000-2005-02638-02

...«[M]ediante la Ley 140 de 1994 se regulan las condiciones en que puede realizarse Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional, por la cual se entiende el medio masivo de comunicación destinado a informar o llamar la atención del público a través de elementos visuales como leyendas, inscripciones, dibujos, fotografías, signos o similares, visibles desde las vías de uso o dominio público, bien sean peatonales o vehiculares, terrestres, fluviales, marítimas o aéreas.

Como se observa, la regulación del patrimonio ecológico local es competencia de los Concejos Municipales, en virtud de sus potestades constitucionales propias, tal como lo han precisado la Corte Constitucional y esta Corporación, sin que en ninguna parte se diga acerca de facultades del Alcalde en este sentido, por lo que se considera que en efecto, las facultades otorgadas al Alcalde mediante el artículo 2° del Acuerdo 0141 del 10 de diciembre, corresponden al concejo municipal, eran precisas y pro tempore, por lo que se analizará si tales facultades se cumplieron, pues se repite, el Alcalde no tenía la potestad reglamentaria en el campo de la regulación del patrimonio ecológico local.

El término otorgado al Alcalde para cumplir con lo autorizado en relación con la publicidad exterior visual, como ya se vió, fue de 2 meses a

partir de la publicación del Acuerdo municipal N° 0141 de 2004, hecho que ocurrió el 10 de diciembre de 2004 (folio 82); luego, a más tardar el decreto respectivo debió ser expedido el día 11 de febrero de 2005, por lo que al haber sido expedido el 5 de abril de 2005, fue extemporáneo y por lo tanto el Alcalde no tenía ya la facultad otorgada, por lo que expidió el acto acusado sin tener la competencia.

En el mismo sentido debe entenderse que igualmente el Concejo revistió por el término de dos meses al Alcalde de la facultad para establecer las sanciones por el incumplimiento del citado Acuerdo, contados a partir de la vigencia del mismo, facultad que también ejerció por fuera de dicho término, por lo que procede su nulidad.

Por lo anterior al ser expedido por fuera de término el decreto acusado, el Alcalde lo expidió sin competencia, razón suficiente para que opere su nulidad, tal como lo dispuso la sentencia apelada que se confirmará...».

*Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.*

ALCALDE MUNICIPAL

El término inicial que le fue otorgado por el Concejo Municipal para ejercer las facultades pro tempore, no puede ser prorrogado

12 de abril de 2012

Radicación: 23001-23-31-000-1999-01518-01

...«En el presente caso es evidente que, si bien el actor no señaló expresamente como violado el artículo 313-3 constitucional que establece que los concejos pueden autorizar a los alcaldes para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* precisas funciones que le correspondan a aquéllos; en el concepto de la violación si aludió al supuesto de hecho de ese artículo al señalar que mediante el acuerdo demandado el Concejo Municipal de Montería había prorrogado facultades pro tempore, otorgadas de manera precisa mediante Acuerdo 004 de 12 de febrero de 1999. En conclusión, la acusación de violación del artículo 313-3 superior debió ser estudiada y decidida, como en efecto lo fue.

No obstante, la Sala considera que el *a quo* decidió con fundamento en una interpretación errada del citado contrato, según la cual las facultades pro tempore que los concejos otorgan a los alcaldes puede ser ampliada o prorrogada, desconociendo que las mismas solo pueden ser otorgadas por una única vez. En efecto el artículo 313-3 solo establece tres condicionamientos a dicha facultad: a) Que se otorguen pro tempore, esto es por un tiempo preciso; b) que dichas funciones sean de las que corresponden al Concejo, asunto que no es materia de la acusación, y c) Que sean precisas, esto es, que no haya dudas acerca de su contenido, asunto que tampoco es objeto de cuestionamiento.

La primera condición no fue cumplida por el acto acusado pues extiende a 150 días el término inicial de 90 días de duración que el artículo 77 del Acuerdo 004 de febrero 12 de 1999 había otorgado para la realización de las actividades allí previstas y que se cumplió sin que el alcalde las hubiera ejercido.

Las facultades extraordinarias de las que revisten los concejos a los alcaldes corresponden a funciones de aquéllos que se pueden trasladar a los alcaldes por un tiempo determinado y por una materia específica; pero vencido dicho término sin haberse cumplido los cometidos para los que fueron concedidas, esas facultades revierten automáticamente al concejo; perdiendo por ende el alcalde competencia sobre dichos asuntos.

La facultad de otorgar facultades pro tempore al jefe del ejecutivo está prevista también en el artículo 150-10 en el nivel nacional, aunque referida al Congreso y al Presidente de la República en los siguientes términos:

ARTÍCULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

10. *Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.*

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la facultad comentada en algunas sentencias, entre ellas en la C-1028/02 que se cita a continuación, al señalar que, dada su naturaleza, tiene carácter restrictivo pues exige una estricta limitación temporal que impide que pueda extenderse más allá del término de 6 meses, sólo puede versar sobre las materias precisamente delimitadas por el Congreso y no hace parte de la competencia ordinaria del Gobierno Nacional en tanto: (i) debe ser explícitamente conferidas por el Congreso; (ii) su concesión depende de la solicitud que realice el Ejecutivo.

“Según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República por medio de leyes, revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Así, pues, mediante este expediente el Congreso delega en el

Ejecutivo su competencia legislativa para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo.

Este fenómeno de la habilitación extraordinaria para legislar, que está reconocido ampliamente en el derecho constitucional comparado, se justifica por distintas razones como la necesidad de aliviar la carga de trabajo del órgano legislativo, el marcado intervencionismo estatal en distintos campos, y la dificultad que en algunas oportunidades supone la regulación de una materia por parte del legislativo debido a su complejidad técnica, entre otros motivos.

El revestimiento de facultades extraordinarias para legislar comporta realmente una delegación, pues se trata de que el Congreso fundado en su propia competencia atribuya al Presidente de la República los poderes legislativos necesarios para que regule determinada materia en forma tan legítima y eficaz como lo haría él mismo, dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en la misma ley donde hace tal delegación.

Al regular la institución de la delegación legislativa, el artículo 150-10 de la Constitución Política establece una serie de cautelas que están orientadas a impedir que el legislador al autorizar extraordinariamente el Ejecutivo se desprenda definitivamente de su competencia legislativa mediante una habilitación en blanco, o lo que es lo mismo, una entrega de plenos poderes; y, obviamente, también esos parámetros están destinados a evitar que el Ejecutivo pueda emplear la delegación para fines distintos de los previstos en la norma habilitante.

La norma superior en comento establece unos límites que deben ser observados por el Congreso en la ley habilitante, so pena de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la delegación.

La primera de estas exigencias consiste en que la delegación legislativa deba hacerse en forma expresa, y en concreto. No es posible, en consecuencia, entender que la delegación legislativa se ha hecho de modo implícito, sino que debe contar con una expresa manifestación de voluntad del Congreso en la que haga constar claramente que autoriza al Gobierno para dictar normas con rango de ley.

La segunda exigencia se refiere a que la delegación legislativa esté sujeta a un tiempo de duración, es decir, que no puede ser perpetua, sino que debe estar sometida a un plazo o término. Por tanto, la ley de delegación debe fijar el plazo máximo dentro del cual ha de ejercerse la potestad delegada, la cual expira vencido el mismo sin haberse ejercido, pues en ningún caso podrá entenderse que la delegación se hace por tiempo indeterminado. Según el artículo 150-10 Fundamental la delegación es hasta por seis meses.

Pero además, es indispensable que la delegación legislativa que efectúa el Congreso en la respectiva ley de facultades se haga para una materia concreta, específica. Al efecto, en dicha ley no sólo se debe señalar la intensidad de las facultades que se otorgan sino que, además, se ha de fijar su extensión determinando con precisión cuál es el objeto sobre el cual el Presidente ejercerá la facultad legislativa extraordinaria que se le confiere...”

En el mismo sentido, esta Sección mediante Sentencia de 4 de octubre de 2001 (M.P. Olga Inés Navarrete Barrero) se había pronunciado, así:

“En relación con las facultades extraordinarias que otorga el Congreso al Presidente de la República, y cuyos criterios generales son igualmente válidos para el caso de las facultades extraordinarias que conceden los Concejos a los Alcaldes, se tiene que siendo del Congreso la atribución legislativa, su eventual ejercicio por el Presidente de la República, en tanto que extraordinario, es de interpretación estricta, de donde surge la consecuencia de la inexecutable de los decretos leyes que el Ejecutivo expida al amparo del artículo 150-10 de la Constitución cuando actúa por fuera del término expresamente señalado en la ley habilitante o se ocupa en la tarea de legislar sobre materias diferentes a las allí contempladas. En tales circunstancias, el Gobierno invade la órbita exclusiva de competencias del legislador ordinario, quebranta la Constitución y desconoce postulados básicos del Estado de Derecho”.

De manera análoga a las consideraciones expuestas para el nivel nacional, el Constituyente quiso limitar la posibilidad de delegación de funciones propias de los Concejos Municipales de manera indefinida en los alcaldes, para evitar que éstos en su condición de jefes del ejecutivo, pudieran ostentarlas mediante sucesivas prórrogas que desnaturalizarían la distribución de funciones previstas en el ordenamiento jurídico entre dichas corporaciones y los alcaldes.

Por esas razones, no podía el Concejo Municipal de Montería desconocer, mediante el acto acusado, el término de 90 días otorgado inicialmente al Alcalde Municipal para ejercer las facultades previstas en el artículo 77 del Acuerdo 04 de 1999.

Como el apelante desvirtuó el fundamento del fallo apelado, habrá de revocarse y, en su lugar, se dará prosperidad a las pretensiones...».

**María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.**

GOBERNADOR

Puede recibir pro témpore facultades de la Asamblea Departamental para crear unidades administrativas especiales dotadas de personería jurídica

28 de abril de 2011

Radicación: 50001-23-31-000-2007-01098-01

...«El artículo 300, numeral 7, de la Constitución Política, consagra que corresponde a la Asamblea Departamental, entre otras facultades, crear establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta. De igual manera, el numeral 9, ibídem, la autoriza para revestir pro tempore al Gobernador de facultades precisas para ejercer funciones de las que le correspondan, entre las cuales est , como ya se dijo, la creación de establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

Ahora, el meollo de la controversia gira en torno de determinar si pese a que la Carta Política en su artículo 300, numeral 7, no alude a las Unidades Administrativas Especiales, éstas pueden ser objeto de creación o no a nivel territorial. Para dilucidar el asunto, es menester tener en cuenta lo siguiente:

De conformidad, con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, la unidad administrativa especial sin personería jurídica es un organismo o entidad del sector central, y la unidad administrativa especial con personería jurídica, lo es del sector descentralizado por servicios.

No obstante que en dicha norma se afirma que las dos clases de Unidades integran la Rama Ejecutiva del Poder Público **en el orden nacional**, dicha disposición debe estudiarse en forma armónica y coordinada con otras normas de la Ley 489, verbigracia los artículos 7 , 68, parágrafo 1  y 82 (...)

Al revisar el Decreto Departamental núm. 327 de 2002 la Sala observa que a través del mismo y en cumplimiento de la Ordenanza acusada,

particularmente del párrafo 1º del artículo 45, el Gobernador del Departamento del Meta creó la unidad administrativa especial para proyectos y contratación pública del departamento, **dotándola de personería jurídica**. Ello significa que dicha entidad es equivalente a un establecimiento público pues, como quedó visto, el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del Orden Nacional se aplica a las entidades territoriales; dentro de las entidades descentralizadas se encuentran las unidades administrativas especiales con personería jurídica; y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, son equivalentes en su régimen jurídico a los establecimientos públicos.

Luego, si las Asambleas Departamentales están facultadas para crear establecimientos públicos del orden Departamental, no existe impedimento constitucional ni legal alguno para crear y, por ende, revestir pro tempore al Gobernador para que cree Unidades Administrativas Especiales que, al haber sido dotada, como en este caso, de personería jurídica es asimilable a aquellos. (...)

De tal manera que si, como ya se dijo, no existe impedimento constitucional ni legal alguno para que las entidades territoriales puedan crear Unidades Administrativas Especiales, dotadas de personería jurídica, que se asimilan a establecimientos públicos, debe conservar la presunción de legalidad no sólo el acto que ordena su creación sino los que, como en este caso, la crearon y le asignaron el respectivo manual de funciones...».

*Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

GOBERNADOR

*La Asamblea le debe otorgar las facultades por un tiempo preciso
y por una única vez*

18 de julio de 2012

Radicación: 50001-23-31-000-2005-20282-01

...«A efectos de decidir lo pertinente, la Sala debe precisar que el artículo 300 de la Constitución Política, en su numeral 9, faculta a las Asambleas Departamentales para conferir autorizaciones a los Gobernadores para diferentes propósitos, siendo uno de ellos que éstos ejerzan, *pro tempore*, precisas funciones de las que corresponden a dichas corporaciones administrativas, entre las cuales se encuentra la establecida en el numeral 7 de esa misma norma, relativa a “Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”. Además, debe tenerse en cuenta que conforme al inciso final del citado artículo 300 de la C.P., las ordenanzas a que se refieren, entre otros, el numeral 7 de este artículo, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador.

De esta disposición se desprende con claridad entonces que la autorización que se confiera por la Asamblea Departamental al Gobernador para que éste ejerza la función consistente en “*determinar la estructura de la administración departamental*” - concepto que lógicamente supone medidas como la reorganización y/o la reestructuración de la Administración -, debe tener previa iniciativa gubernamental e igualmente un límite temporal definido y ser precisa en cuanto a su objeto.

Además, debe precisar la Sala que las facultades *pro tempore* que las Asambleas conceden a los Gobernadores solo pueden ser otorgadas por una única vez y no pueden ser prorrogadas sucesivamente y que, vencido

el término por el cual fueron concedidas sin haberse cumplido el cometido para el que fueron otorgadas, tales facultades revierten automáticamente a la Asamblea, perdiendo por el ende el Gobernador competencia sobre dichos asuntos.

En este mismo sentido en sentencia reciente la Sala hizo las siguientes consideraciones que, aunque se refieren a las facultades *pro tempore* concedidas por los concejos municipales a los alcaldes municipales, son perfectamente aplicables también en este asunto, por tratarse de la misma materia:

“En conclusión, la acusación de violación del artículo 313-3 superior debió ser estudiada y decidida, como en efecto lo fue.

No obstante, la Sala considera que el a quo decidió con fundamento en una interpretación errada del citado contrato, según la cual las facultades pro tempore que los concejos otorgan a los alcaldes puede ser ampliada o prorrogada, desconociendo que las mismas solo pueden ser otorgadas por una única vez.

En efecto el artículo 313-3 solo establece tres condicionamientos a dicha facultad: a) Que se otorguen pro tempore, esto es por un tiempo preciso; b) que dichas funciones sean de las que corresponden al Concejo, asunto que no es materia de la acusación, y c) Que sean precisas, esto es, que no haya dudas acerca de su contenido, asunto que tampoco es objeto de cuestionamiento.

La primera condición no fue cumplida por el acto acusado pues extiende a 150 días el término inicial de 90 días de duración que el artículo 77 del Acuerdo 004 de febrero 12 de 1999 había otorgado para la realización de las actividades allí previstas y que se cumplió sin que el alcalde las hubiera ejercido.

Las facultades extraordinarias de las que revisten los concejos a los alcaldes corresponden a funciones de aquéllos que se pueden trasladar a los alcaldes por un tiempo determinado y por una materia específica; pero vencido dicho término sin haberse cumplido los cometidos para los que fueron concedidas, esas facultades revierten automáticamente al concejo; perdiendo por ende el alcalde competencia sobre dichos asuntos.

La facultad de otorgar facultades pro tempore al jefe del ejecutivo está prevista también en el artículo 150-10 en el nivel nacional, aunque referida al Congreso y al Presidente de la República en los siguientes términos:

ARTÍCULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la facultad comentada en algunas sentencias, entre ellas en la C-1028/02 que se cita a continuación, al señalar que, dada su naturaleza, tiene carácter restrictivo pues exige una estricta limitación temporal que impide que pueda extenderse más allá del término de 6 meses, sólo puede versar sobre las materias precisamente delimitadas por el Congreso y no hace parte de la competencia ordinaria del Gobierno Nacional en tanto: (i) debe ser explícitamente conferidas por el Congreso; (ii) su concesión depende de la solicitud que realice el Ejecutivo.

“Según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, corresponde al Congreso de la República por medio de leyes, revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Así, pues, mediante este expediente el Congreso delega en el Ejecutivo su competencia legislativa para que éste último expida normas con el mismo valor y jerarquía normativa que las emanadas del propio órgano legislativo.

Este fenómeno de la habilitación extraordinaria para legislar, que está reconocido ampliamente en el derecho constitucional comparado, se justifica por distintas razones como la necesidad de aliviar la carga de trabajo del órgano legislativo, el marcado intervencionismo estatal en distintos campos, y la dificultad que en algunas oportunidades supone la regulación de una materia por parte del legislativo debido a su complejidad técnica, entre otros motivos.

El revestimiento de facultades extraordinarias para legislar comporta realmente una delegación, pues se trata de que el Congreso fundado en su propia competencia atribuya al Presidente de la República los poderes legislativos necesarios para que regule determinada materia en forma tan legítima y eficaz como lo haría él mismo,

dentro de ciertos límites y con arreglo a los criterios establecidos en la misma ley donde hace tal delegación.

Al regular la institución de la delegación legislativa, el artículo 150-10 de la Constitución Política establece una serie de cautelas que están orientadas a impedir que el legislador al autorizar extraordinariamente el Ejecutivo se desprenda definitivamente de su competencia legislativa mediante una habilitación en blanco, o lo que es lo mismo, una entrega de plenos poderes; y, obviamente, también esos parámetros están destinados a evitar que el Ejecutivo pueda emplear la delegación para fines distintos de los previstos en la norma habilitante.

La norma superior en comento establece unos límites que deben ser observados por el Congreso en la ley habilitante, so pena de la inconstitucionalidad del otorgamiento de la delegación.

La primera de estas exigencias consiste en que la delegación legislativa deba hacerse en forma expresa, y en concreto. No es posible, en consecuencia, entender que la delegación legislativa se ha hecho de modo implícito, sino que debe contar con una expresa manifestación de voluntad del Congreso en la que haga constar claramente que autoriza al Gobierno para dictar normas con rango de ley.

La segunda exigencia se refiere a que la delegación legislativa esté sujeta a un tiempo de duración, es decir, que no puede ser perpetua, sino que debe estar sometida a un plazo o término. Por tanto, la ley de delegación debe fijar el plazo máximo dentro del cual ha de ejercerse la potestad delegada, la cual expira vencido el mismo sin haberse ejercido, pues en ningún caso podrá entenderse que la delegación se hace por tiempo indeterminado. Según el artículo 150-10 Fundamental la delegación es hasta por seis meses.

Pero además, es indispensable que la delegación legislativa que efectúa el Congreso en la respectiva ley de facultades se haga para una materia concreta, específica. Al efecto, en dicha ley no sólo se debe señalar la intensidad de las facultades que se otorgan sino que, además, se ha de fijar su extensión determinando con precisión cuál es el objeto sobre el cual el Presidente ejercerá la facultad legislativa extraordinaria que se le confiere...". [...]

De manera análoga a las consideraciones expuestas para el nivel nacional, el Constituyente quiso limitar la posibilidad de delegación de funciones propias de los Concejos Municipales de manera indefinida en los alcaldes, para evitar que éstos en su condición de jefes del ejecutivo, pudieran ostentarlas mediante sucesivas prórrogas que desnaturalizarían la distribución de funciones previstas en el ordenamiento jurídico entre dichas corporaciones y los alcaldes.

Por esas razones, no podía el Concejo Municipal de Montería desconocer, mediante el acto acusado, el término de 90 días otorgado inicialmente al Alcalde Municipal para ejercer las facultades previstas en el artículo 77 del Acuerdo 04 de 1999.” (subrayas del texto original)

3.3.3 Al examinar las ordenanzas acusadas a la luz de la normativa superior referida, se advierte lo siguiente:

- En tratándose de la **Ordenanza núm. 023 de 31 de julio de 2001**, el requisito de la iniciativa gubernamental se encuentra satisfecho a cabalidad, dando cuenta de ello el antes citado proyecto de ordenanza identificado con ese mismo número que suscribió el Gobernador del Guaviare y puso en consideración de la Asamblea Departamental, cuyo objeto era precisamente facultarlo *pro tempore* para reestructurar la Administración del Departamento del Guaviare en todos sus niveles, la estructura orgánica y su planta de personal y dictar otras disposiciones.

El citado proyecto se convirtió en la Ordenanza núm. 023 de 31 de julio de 2001 “POR MEDIO DE LA CUAL SE CONCEDE FACULTADES PROTEMPORE AL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL GUAVIARE PARA REORGANIZAR Y/O REESTRUCTURAR LA ADMINISTRACION EN TODOS SUS NIVELES, LA ESTRUCTURA ORGÁNICA, SU PLANTA DE PERSONAL Y SE CREA UNA COMISIÓN PERMANENTE PARA ADELANTAR DICHO PROCESO”, expedida por la Asamblea Departamental del Guaviare, cuyo texto de transcribió previamente.

La precisión de las funciones o de la materia objeto de la autorización emerge de manera evidente de la sola lectura de la Ordenanza 023 de 2001, en la que aparecen en forma detallada los asuntos comprendidos en tal autorización, pudiéndose observar además que se encuadran en las funciones que el artículo 300 constitucional le atribuye a las Asambleas Departamentales, en especial la señalada en su numeral 7, antes transcrito.

Sin embargo, en relación con el carácter *pro tempore* de las autorizaciones, encuentra la Sala que dicho requisito no fue cumplido en este caso.

En efecto, según expuesto previamente, cuando se expidió la Ordenanza núm. 023 de 31 de julio de 2001 no se determinó por la Asamblea Departamental un límite temporal a las facultades conferidas al Gobernador del Guaviare, tal como lo ordena el artículo 300 núm. 9 de la C.P., no siendo válido dicho plazo sea fijado en un acto administrativo separado dictado con posterioridad, como ocurrió en este caso, pues, conforme a la mencionada

normativa, es en el respectivo acto de autorización y no en otro en el que debe fijarse el termino preciso en el que mandatario departamental ejercerá *pro tempore* funciones propias de la corporación pública del Departamento.

En consecuencia, se encuentra fundada la acusación relativa a la violación del artículo 300 núm. 9 de la C.P. por parte del mencionado acto departamental, resultando esta infracción motivo suficiente para que se declare su nulidad.

- De otro lado, en cuanto se refiere a la **Ordenanza núm. 015 de 21 de noviembre de 2002**, la Sala encuentra que este acto también desconoce la normativa superior contenida en el artículo 300 núm. 9 de la C.P.

Dan cuenta los antecedentes reseñados, de un lado, que el Gobierno del Departamento de Guaviare no hizo uso, dentro del término concedido, de las facultades *pro tempore* que le confirió la Asamblea de dicha entidad territorial a través de la Ordenanza 023 de 2001 (adicionada por la Ordenanza 06 de 2002), y que por esa razón solicitó la prórroga de las mismas y, de otro, que dicha corporación administrativa, no obstante la forma en que fueron solicitadas las facultades, decidió conceder unas nuevas facultades, entendiendo, al parecer, que no podía prorrogar los efectos de actos inexistentes.

Lo anterior claramente desconoce la norma superior citada, pues, como antes se precisó, las facultades *pro tempore* que las Asambleas conceden a los Gobernadores solo pueden ser otorgadas por una única vez y no pueden ser prorrogadas sucesivamente y, una vez vencido el término por el cual fueron concedidas sin haberse cumplido el cometido para el que fueron otorgadas, tales facultades revierten automáticamente a la Asamblea, perdiendo por el ende el Gobernador competencia sobre dichos asuntos.

Así las cosas, ante el desconocimiento de la mencionada normativa, la Sala deberá revocar parcialmente la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la nulidad de las Ordenanzas 023 de 31 de julio de 2001 y 015 de 21 de noviembre de 2002, por las cuales se autoriza al Gobernador de Guaviare para ejercer *pro tempore* la función de la Asamblea Departamental de reestructurar administrativamente el ente territorial...».

María Elizabeth García González, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.

XVIII. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS

Al ser una institución de salud departamental, compete a la Asamblea Departamental de Cundinamarca y no al Presidente de la República, adoptar las determinaciones que corresponda respecto a tal hospital

8 de marzo de 2005

Radicación: 11001-03-24-000-2001-00145-01(IJ)

...«En relación con la denominada Fundación San Juan de Dios, se reitera, hasta antes de la expedición de los actos acusados, nunca gozó de los atributos propios de las personas morales pues, válidamente ello nunca se reconoció así, según se infiere de la ausencia de prueba al respecto a lo largo de su historia antigua o colonial ni en la etapa en la que se logró nuestra independencia y se consolidó la República ni la que sobrevino a partir de la vigencia del código civil que data del año de 1887. Y, como ha quedado establecido, la posibilidad de que el Presidente de la República ejercitara la atribución contenida en el artículo 650 del citado código requería de la certidumbre de que se estaba en presencia de una Fundación la cual, a su vez, para ser tal, debía estar organizada como persona jurídica y lo que ello supone en cuanto a autonomía se refiere, aspecto que previamente no se evidenció.

De manera que la Sala en esta oportunidad no tendría razones para descalificar, sino, por el contrario, prohijar las apreciaciones consignadas en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 14 de mayo de 1985 en el sentido de que hasta antes de 1979 el hospital San Juan de Dios nunca se constituyó como persona jurídica autónoma y que, por lo mismo, jamás tuvo la condición de Fundación, lo cual impedía que los actos acusados le asignaran dicho tratamiento, invocando una norma que en las condiciones anotadas resultaba inaplicable.

Por lo demás, los antecedentes administrativos que obran como prueba a folios 261 a 339, dan cuenta de la circunstancia inequívoca de que el Centro Hospitalario San Juan de Dios no se había constituido como Fundación para

la fecha en que se realizaron los estudios que allí se mencionan, de lo cual se infiere que solo los actos acusados adoptaron esa decisión.

No sobra poner de presente que si la Sala acogiera en gracia de discusión las observaciones a las que arriba el señor agente del Ministerio Público en su concepto de fecha 17 de mayo de 2004 (folios 774 a 791), en el que hace eco de lo que en parte plantea la demanda y uno de los intervinientes, en el sentido de que el Hospital San Pedro creado por Fray Juan de los Barrios y Toledo en 1564 es distinto del Centro Hospitalario creado por Cédula Real de Felipe V en 1723, e inaugurado en 1939, denominado inicialmente Jesús, María y José y posteriormente San Juan de Dios, en razón de la orden de los hospitalarios que lo administraba, respecto del cual descartan absolutamente la concurrencia de los requisitos de la figura de la Fundación, de que tratan las normas del Código Civil de 1887, de todas formas, la situación continuaría siendo la misma en cuanto a las conclusiones que se han deducido en torno a la naturaleza del Hospital San Juan de Dios a partir de su tratamiento como establecimiento público del orden Departamental, conforme a las disposiciones que datan del año de 1869 y que atrás quedaron reseñadas.

Corolario de lo anterior es que el Hospital San Juan de Dios no podía ser objeto de la regulación contenida en el artículo 650 del Código Civil, según el cual, “Las fundaciones de beneficencia que hayan de administrarse por una colección de individuos, se regirán por los estatutos que el fundador les hubiere dictado; y si el fundador no hubiere manifestado su voluntad a este respecto, o solo la hubiere manifestado incompletamente, será suplido este defecto por el presidente de la Unión”, pues al no haber ostentado nunca la calidad de Fundación mal podían invocar los actos acusados tal situación y, al hacerlo, incurrieron en la causal de nulidad prevista en el inciso 2° del artículo 84 del C.C.A. denominada “falsa motivación”.

Cabe destacar que la referencia que hace la Sala respecto de las normas del Código Civil de 1887 para aplicarlas a una situación que data del año de 1564, es consecuencia inevitable derivada del examen al contenido de los actos acusados, los cuales audazmente, sin entrar en mayores detalles y explicaciones, concluyen que el citado código, en lo que atañe al tema del artículo 650, retroactivamente, cobija unos acontecimientos ocurridos trescientos veintitrés años antes de su vigencia, consideración que, por demás, se adoptó en 1979.

Luego, no es fruto del querer de la Sala la necesidad de hacer referencia al código civil para dilucidar el tema, sino que esa remisión se impone por razón de la motivación propia de los actos acusados.

Son ellos precisamente los que de manera forzada intentan subsumir acontecimientos marcadamente pretéritos, surgidos en medio de un contexto jurídico impreciso, a la normativa contenida en el citado Código Civil.

Para enfatizar aún más en la circunstancia de que al citado Hospital se le ha dado el tratamiento de bien de propiedad de la Beneficencia de Cundinamarca, la Sala trae a colación la Ley 63 de 1911, (folio 68 del expediente), en la cual se previó:

“Artículo único. La Nación cede a perpetuidad al Departamento de Cundinamarca el terreno y las construcciones denominado Molinos de la Hortúa, con todas sus dependencias y anexidades, con destino a la construcción de edificios adecuados para establecer manicomios y asilos de indigentes...”.

Corroborando la propiedad del Hospital San Juan de Dios en cabeza de la Beneficencia de Cundinamarca, la Ordenanza número 10 de 20 de agosto de 1976, por la cual la Asamblea de Cundinamarca, aprobó *“... en todas sus partes el contrato celebrado el 21 de julio de 1976, entre la Beneficencia de Cundinamarca y la Universidad Nacional de Colombia, en virtud del cual la primera entrega a la segunda el uso, a título de comodato, los inmuebles compuestos por los terrenos y las edificaciones en ellos existentes, donde funcionan el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil, junto con las dotaciones, equipos, servicios públicos y utensilios destinados al funcionamiento de los establecimientos mencionados, así como los demás convenios en aquél contenidos...”.*

Los argumentos anteriores dejan sin sustento las apreciaciones de la llamada “Fundación San Juan de Dios”, plasmadas en la contestación de la demanda.

Al tratarse, como en efecto se trata, de una institución de salud departamental, es a la Asamblea Departamental de Cundinamarca, en este caso, a quien corresponde tomar las determinaciones concernientes al referido hospital.

En consecuencia, los actos acusados violan las normas de orden superior invocadas en la demanda, tanto de la Carta Política de 1886, bajo cuya vigencia se expidieron los dos primeros, así como los de la actual Carta de 1991, concretamente, artículos 121, 189, numeral 26, 298, 300, numeral 9 e inciso final y 362, aplicables con fundamento en el artículo 4º, ibídem, a cuyo tenor: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución, la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Dichas normas, en su orden, disponen que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; que corresponde al Presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y en lo esencial se cumpla con la voluntad de su fundador; que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio; que corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, autorizar al Gobernador para enajenar bienes; y que los bienes de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

Conviene hacer hincapié en que no obstante que las disposiciones involucradas en esta decisión son posteriores a la época en que el donante hizo traspaso de sus bienes, esta corporación las tiene en cuenta, a efectos de precisar su alcance e incidencia en los actos acusados, como quiera que, como ya se explicó, son éstos los que invocan algunas de ellas como sustento para su expedición, amén de que el juzgamiento de los mismos debe hacerse a la luz de las normas vigentes al momento de dicha expedición y no necesariamente al de las situaciones fácticas a que ellos puedan contraerse.

Es de advertir que las reflexiones que han quedado reseñadas, que se refirieron a los Decretos 290 y 1374 de 1979, y que, como ya se dijo, se prohíjan en esta oportunidad, son válidas respecto del Decreto 371 de 23 de febrero de 1998, habida cuenta de que éste no puede tenerse como autónomo o independiente de aquellos, pues se limita a reformar los estatutos de una entidad que en actos anteriores se consideró una Fundación, es decir, que no tiene entidad propia sino que es una consecuencia o derivación de la determinación adoptada por el Ejecutivo en 1979, de atribuir el carácter de Fundación a los bienes donados por Fray Juan de los Barrios y Toledo, decisión está que mientras conservara la presunción de legalidad sería susceptible de modificación o reforma las veces que a bien tuviere el Gobierno, en apoyo del artículo 650 del C.C.

Finalmente, es preciso enfatizar en que si bien es cierto que el acto de reconocimiento de personería jurídica de la Fundación como tal, expedido por el Ministerio de Salud, mediante Resolución núm. 10869 de 6 de diciembre de 1979, no fue impugnado a través de esta acción, ello no es óbice para que la Sala pueda acometer el juzgamiento de los actos aquí controvertidos, pues, de una parte, no se está en presencia de un acto complejo, considerado éste como el que para su expedición requiere del

concurso de varias voluntades; y frente al cual, obviamente, sí habría lugar a exigir la inclusión de todos los actos fruto de ese concurso de voluntades; y, de la otra, la declaratoria de nulidad de los actos acusados trae como consecuencia jurídica el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de personería, a la luz de lo consagrado en el artículo 66, numeral 2, del C.C.A. en la medida en que han desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, circunstancia esta que no requiere de pronunciamiento judicial, sino que opera de pleno derecho, por expreso mandato legal.

Así pues, la Sala acogiendo además lo manifestado por quienes han representado al Ministerio Público en este proceso deba anular los actos objeto de impugnación...»

Alberto Arango Mantilla, Tarsicio Cáceres Toro, Reinaldo Chavarro Buritica, Ruth Stella Correa Palacio, María Elena Giraldo Gómez, Alier Eduardo Hernández Enríquez, María Nohemí Hernández P., Filemón Jiménez Ochoa, Jesús M. Lemos Bustamante, Ligia López Díaz, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Ana Margarita Olaya Forero, Alejandro Ordóñez Maldonado, María Inés Ortiz Barbosa, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Juan Ángel Palacio Hincapié, Dario Quiñones Pinilla, German Rodríguez Villamizar, María Claudia Rojas Lasso, Héctor J. Romero Díaz, Ramiro Saavedra Becerra.

XIX. LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

LIBRE COMERCIO

Restricción en el expendio de carne

30 de enero de 1969

Radicación: CE-SEC1-EXP1969-01-30

...«La disposición acusada dice: “Prohíbese la apertura de famas en razón de que la plaza de mercado cubierto es amplia y suficiente para las necesidades del municipio”.

Considera la demanda violadas las siguientes disposiciones: El artículo 7º del Decreto legislativo número 378 de 1957 cuya parte pertinente expresa: “Previa la expedición de la correspondiente guía, toda persona podrá sacrificar ganado en los mataderos públicos y vender libremente la carne” y el Decreto número 1371 de 1953 en sus artículos 388, 417, 418, 420 y 421.

Encuentra la Sala que los decretos anteriormente citados fueron dictados conforme al principio constitucional que garantiza la libertad del libre comercio. Tales decretos reglamentan, para todo el territorio nacional, la manera como los expendios de carnes pueden funcionar. Especialmente el artículo 7º del Decreto 378 de 1957, autoriza a cualquier persona para vender libremente la carne, sujetándose a ciertos requisitos que él mismo señala, como la expedición de la correspondiente guía y los demás expuestos en el Decreto 1371 de 1953 que fija las condiciones de sanidad y la ubicación de los expendios.

Los concejos municipales no tienen facultad constitucional ni legal para prohibir la apertura de establecimientos de esta clase, pues si es cierto que una de sus funciones es procurar la buena marcha administrativa del municipio, ello no puede hacerse sino en obediencia a la ley. En el caso de autos, el municipio de Sevilla construyó un lugar cubierto para el sacrificio

de ganado y venta de carnes, hecho muy laudable y que va en pro de la buena organización administrativa. Pero el poseer ese establecimiento no le confiere un privilegio impidiendo que haya expendios en otros lugares, pues la Carta fundamental no permite monopolios sino por mandato de la ley.

No es válido el argumento en que se apoya el Tribunal cuando dice que conforme al artículo 32 de la Constitución se puede intervenir la industria privada con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas. En primer lugar, porque quien puede intervenir en estos casos es el Estado y luego porque para que el Estado intervenga es menester el mandato de la ley. A los cabildos no se les ha dado semejante atribución. Cómo lo anota el señor Fiscal 2º del Consejo, “no puede decirse que los concejos gocen de facultades amplísimas. y destruir así la libertad del comercio porque esto conduciría a configurar desviación de poder...”...».

*Alfonso Meluk, Jorge de Velasco Álvarez,
Alfonso Arango Henao, Enrique Acero Pimentel.*

MONOPOLIO

No puede establecerse por acuerdo la prestación exclusiva del servicio de cremación de cadáveres humanos por el Gobierno Municipal

15 de julio de 1994

Radicación: CE-SEC1-EXP1994-N2553

...«La sentencia recurrida habrá de confirmarse por las siguientes razones:

Monopolio, según el Diccionario de la Lengua Española, significa “Ejercicio exclusivo de una actividad”.

Monopolizar, por su parte, es “Adquirir, usurpar o atribuirse el uso exclusivo o aprovechamiento de una industria, facultad o negocio”.

Entendida la noción de servicio público como toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, que puede ser prestado por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas, y acudiendo a la clasificación que de servicio público trae el C.S.T. en su artículo 430 literales c y f, puede afirmarse que la cremación de cadáveres humanos encajaría dentro de la noción de servicio público, que como tal bien puede ser prestado por el Estado o por personas privadas.

Cuando el párrafo 2o. del artículo 1o. del Acuerdo No. 04 de 1977 señala que “El servicio de cremación de cadáveres humanos será prestado exclusivamente por el Gobierno Municipal”, está atribuyéndose para sí y con exclusión de cualquier otra persona natural o jurídica la prestación de dicho servicio y por lo mismo está monopolizando tal actividad.

No hay lugar a la remisión del Decreto 1260 de 1970 que en su artículo 85 prevé que las inhumaciones solamente podrán hacerse en los cementerios municipales y en los privados debidamente autorizados, ni a las

prescripciones de la Ley 9a. de 1979, como lo hacen el *a - quo* y la apoderada recurrente, pues, de una parte, aquél no se refirió a las cremaciones sino a las inhumaciones, y, de otra parte, ésta es posterior a la expedición del acto acusado.

El artículo 31 de la anterior Carta Política, al igual que el artículo 336 de la actual, permiten que una actividad pueda ser objeto de monopolio, sólo que éste debe establecerse como arbitrio rentístico y en virtud de la Ley y si dicha actividad está siendo ejercida por particulares, previamente debe mediar la indemnización a los individuos que resultaren privados de la misma.

En el presente caso no se encuentra demostrado, ni es fácilmente inferible, que para la época de expedición del Acuerdo contentivo de la norma acusada existieran particulares autorizados dedicados a la cremación de cadáveres humanos y que quedaron privados del ejercicio de esta actividad en razón de aquél.

Lo que sí es relevante para la Sala y amerita la declaratoria de nulidad del párrafo acusado es el hecho de que el citado artículo 31, vigente cuando se expidió él, exige que el monopolio sólo podrá establecerse en virtud de Ley, y, como lo expresa el actor en el concepto de la violación, no puede ser objeto de consagración a través de un Acuerdo...».

*Yesid Rojas Serrano, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,
Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Influencia en fijación de precios

9 de octubre de 2003

Radicación: 25000-23-24-000-2000-00657-01(8101)

...«A través de los actos acusados se impuso a la sociedad COLTAVIRA S.A. sanción pecuniaria por valor de \$100'000.000.00, por contravenir el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, y a su representante legal señor Pedro María Egaña Mañanos por valor de \$10'000.000.00, por tolerar conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (artículo 4º, numeral 16, ibídem). Así mismo se ordenó a la citada sociedad terminar de manera definitiva su comportamiento y abstenerse de repetir o realizar actos iguales o equivalentes.

El artículo 48, numeral 2, del citado Decreto, es del siguiente tenor:

“Actos contrarios a la Libre Competencia. *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:*

2.- *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”.*

Sea lo primero advertir que conforme se afirma en el libro denominado “Derecho de la Competencia” Biblioteca Millennium, publicación de El Navegante Editores, página 130, la Libre Competencia significa la libertad para participar en el mercado, en el cual tanto vendedores como compradores, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia, eliminándola, y tornando su presencia en simulada competencia, o restringiéndola, dejando espacios reducidos para su ejercicio, al igual que la imposición de condiciones que no son fruto o consecuencia de las leyes del mercado; convenios, pactos

o imposiciones que, de igual manera, atentan contra la libre elección del consumidor.

Estima la Sala que no le asiste razón al apoderado de los actores en cuanto al alcance que pretende dar al verbo “influenciar”, relacionándolo con el resultado que del mismo se derive, esto es, constreñimiento o fuerza moral que hubiera obligado efectivamente a los distribuidores a cambiar su visión frente a la fijación de los descuentos; y que en este caso se trató de meras sugerencias no acompañadas de retaliaciones ni de cesación de las relaciones comerciales.

En efecto, las comunicaciones que dieron lugar a la expedición de los actos acusados, son del siguiente tenor:

Santafé de Bogotá, Septiembre 17 de 1998

DOCTORA

MARÍA CRISTINA DE LA CRUZ DE GIRALDO

GERENTE SUCURSAL

DIMADERAS SANTA LUCÍA

CALI- VALLE

Respetada Doctora:

De acuerdo con las políticas de descuentos de nuestros distribuidores fijadas por la Gerencia General de esta compañía y con el ánimo de mantener nuestras relaciones comerciales con su respetable firma, de manera cordial le pedimos el favor que a partir de la fecha al presentar ofertas con motivo de invitaciones a cotizar nuestros medidores para agua de la marca KENT del tipo volumétrico, por ningún motivo se ofrezcan descuentos superiores al 10% sobre los precios de lista vigentes...” (folio 148 del cuaderno de anexos).

A folio 151, *ibídem*, obra copia de la comunicación dirigida por la actora al señor MARINO GÓMEZ, Gerente General de Distribuciones P.V.C., en la cual se lee:

“De acuerdo a instrucciones de nuestra Gerencia Comercial y con el ánimo de que las buenas relaciones comerciales que nos han caracterizado no se vean deterioradas, le pedimos el favor que al presentar sus ofertas con medidores VOLUMÉTRICOS de la marca KENT, por ningún motivo se ofrezcan descuentos superiores al 10% sobre el precio de lista vigente”.

A folio 152, *ibídem*, consta una comunicación dirigida por la actora al Ingeniero ALEJANDRO SUÁREZ de PLOVAL LTDA, en la que se dice:

“...De acuerdo a instrucciones de nuestra Gerencia General y con el ánimo de que las buenas relaciones comerciales que nos han caracterizado no se vean deterioradas, nuevamente le recuerdo que el precio al que se debe ofertar el medidor VOLUMÉTRICO con motivo de cotizaciones no debe contemplar por ninguna circunstancia descuentos superiores al 10% sobre el precio de lista vigente, esto es que sus propuestas deben mostrar un valor de \$28.980 pesos M/CTE más el correspondiente impuesto a las ventas”.

Del texto de las anteriores comunicaciones infiere la Sala que la intención de la actora no fue simplemente la de “sugerir”, esto es, “insinuar” o “inspirar” una idea, según las acepciones que trae el Diccionario de la Lengua Española, Edición 1992, página 1359, última columna, respecto del primer vocablo, el cual, ciertamente, se halla desprovisto de cualquier efecto constrictivo, sino, todo lo contrario, lo que se advierte es el propósito de ejercer poder o autoridad sobre sus destinatarios. De ahí que en las misivas se enfatice en que si no se acata la instrucción impartida se van a ver afectadas las buenas relaciones comerciales que hasta el momento se han mantenido, lo que bien puede traducirse en una amenaza, que es un anuncio o presagio de una cosa mala.

Ahora, para los efectos de la norma que consagra la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera tenido o no el resultado buscado por la actora, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización, sino porque según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 lo determinante está en la posibilidad de influenciar.

Prevé el citado artículo 45:

“Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

...Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.

De igual manera, también resulta irrelevante, para los efectos de la disposición en estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, sino que basta que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar.

Y estima la Sala que la actora estaba en la posibilidad de ejercer influencia, pues se trata de empresas independientes (proveedor y distribuidor), no filiales, en las que puede predicarse convenio de acatar instrucciones; y precisamente, dada la condición de proveedora, en razón de la fabricación, venta, distribución, representación y mantenimiento de los MEDIDORES DE AGUA exigió que “por ninguna circunstancia” y “por ningún motivo” se debían dar descuentos superiores al 10%, so pena de que se deterioraran las buenas relaciones comerciales que hasta el momento se habían mantenido.

En cuanto concierne a la no apreciación de la totalidad de las pruebas, ya que la sentencia se basó exclusivamente en las comunicaciones y no tuvo en cuenta los testimonios obrantes en el proceso administrativo, que demuestran que las comunicaciones enviadas no produjeron sobre sus destinatarios ni predominio, ni fuerza moral para que desistieran de su intención de rebajar los precios, advierte la Sala que los testimonios de los señores Jorge Eduardo Santos Zambrano, Pedro María Egaños Mañanos y Fernando Ramírez Valencia no tienen la suficiente capacidad para desvirtuar el alcance de las comunicaciones antes transcritas, toda vez que dichos señores son, en su orden, el Gerente Comercial de la actora, su representante legal y su representante de ventas, es decir, los directamente implicados en la investigación administrativa y lo que interesa al proceso es el contenido de aquéllas, a la luz de la norma que se endilga como contrariada, y no la explicación que el investigado y sus más cercanos colaboradores quieran darles.

De otra parte, de la declaración de María Cristina de la Cruz, Gerente de Dimaderas Santa Lucía, una de las destinatarias de las comunicaciones y a la vez quejosa, precisamente manifiesta que “nos sorprendió la carta” “... no me pareció correcto”, de ahí que formuló la queja y que “entendí que estaban condicionando mi venta, mis precios, mis descuentos”. (folios 116 a 118 del cuaderno de anexos).

Si bien es cierto que en dicha declaración se afirma por la testigo que no se sintió influenciada y que las relaciones comerciales no se afectaron, ello no hace desaparecer la conducta de la actora, que se tipificó, como ya se dijo, por el hecho de su realización, independientemente de si se produjo o no el resultado buscado...».

*Manuel S. Urueta Ayola, Camilo Arciniegas Andrade (Salvamento de voto),
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Olga Inés Navarrete Barrero.*

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Identidad de precios de compra de arroz paddy verde

15 de mayo de 2014

Radicación: 25000-23-24-000-2006-00875-01

(acumulado 73001-23-31-000-2008-00006-01)

...«[P]ara demostrar la conducta conscientemente paralela, la Administración consideró como indicio: 1) el hecho de que los precios de compra de arroz paddy verde variaron de manera casi idéntica en los molinos sancionados, 2) además se modificaron en proporción y fechas casi idénticas, y 3) no existe racionalidad económica que explique que los cinco molinos pese a que presentan posibilidades y requerimientos diferentes, hubieran actuado de manera casi idéntica, entre otras razones, porque sus respectivos Comités de Compra no se refieren a dicha racionalidad económica, sino a la dura competencia con los otros molinos pudiendo explicar su comportamiento en las razones que trajo a colación en la demanda; dicha similitud no se explica por el hecho de que se tenga la posibilidad de conocer de manera casi inmediata las variaciones de los precios de compra de un competidor por tratarse de un mercado oligopsónico, pues las empresas en vez de desarrollar estrategias particulares, crearon una estrategia común, con lo que lograron eliminar los riesgos de la competencia y distorsionaron sus condiciones.

La Sala entonces debe en primer lugar analizar si los actos acusados demostraron la casi idéntica similitud de precios en tiempo y valor.

Mediante la Resolución acusada núm. 22625 de 2005, la Superintendencia, de conformidad con las listas de precios aportadas por las investigadas para los Grupos 1 y 2 de arroz paddy verde, pone en evidencia la igualdad de precios y valor durante el primer semestre de 2004, el cual presenta así: (...)

De los cuadros que han quedado reseñados, la Sala colige que en efecto la unidad o identidad de precios permanece en el tiempo y varía casi simultáneamente (parte sombreada) y en el mismo sentido, lo cual se repite durante el primer semestre de 2004; y si bien es cierto que, como lo observó la Superintendencia, en el caso de **PROCEARROZ LTDA.**, no se presentó dicha unidad en los meses de enero a febrero 24, si lo es que de ésta última fecha en adelante sí se presentó una unidad de precios que varió siempre y casi al tiempo en forma decreciente, hasta finales del mes de junio de 2004. La diferencia de precios (\$400.00), como se verá adelante, corresponde a que con excepción de **PROCEARROZ** las demás investigadas pagan el flete.

Lo anterior es corroborado por la misma sociedad **PROCEARROZ LTDA.**, en los cuadros que ella presenta en su recurso de apelación, así: (...)

Sobre dicha igualdad de precios en tiempo y valor, las actoras y en general las investigadas citan como argumento a favor, es decir para que se considere que su conducta no fue paralela, el estudio que obra en el expediente Administrativo núm. 1057498, denominado “**Concepto de Fedesarrollo sobre la investigación de la Superintendencia por prácticas comerciales restrictivas de las cinco empresas investigadas, abril 27 de 2005** (folio 17), que la Sala resume en los siguientes términos:

FEDESARROLLO al referirse a la aseveración de la SIC en el sentido de que la identidad de precios de compra de arroz paddy verde aunado al incremento en tiempos similares y en porcentajes casi iguales, permite deducir que ello no es producto del azar, y que el hecho de que el Comité de Compra de cada empresa determine el precio de compra, no explica que el precio fuera el mismo y empezara a regir el mismo día, concluye que:

“Encontrar un precio único en el mercado para la venta o para la compra de un producto no constituye, por lo tanto, evidencia de que el mercado opera bajo alguna forma de acuerdo de precios. Más aún con referencia al caso concreto que nos ocupa los mercados agrícolas son el ejemplo de texto de los mercados típicamente homogéneos. Si es cierto que la producción de arroz paddy verde en Colombia está en manos de muchos pequeños agricultores que individualmente no están en capacidad de influenciar el precio, entonces lo esperable sería que en equilibrio en ese mercado de arroz se trance a un precio único igual a su costo marginal. Lo que evidenciaría el poder de monopsonio por parte de los compradores bajo la forma de un acuerdo de colusión, sería un precio único de compra por debajo del costo marginal de producto. Es el nivel de precio del mercado y no su carácter de único versus múltiple lo que constituye una señal válida de preocupación”. (Negrilla fuera de texto)

Sobre la afirmación de la SIC en el sentido de que cada empresa debe fijar los precios con que ofrece sus productos y compra materias primas, en forma independiente, es decir, atendiendo exclusivamente sus costos y expectativas de operación, el estudio de **FEDESARROLLO**, señala que:

“Sólo las empresas que operan bajo estructuras diferentes a las del mercado de competencia perfecta están en posición de fijar precios. Si lo que se quiere es defender la libre competencia en el mercado de arroz paddy verde, entonces esta afirmación resulta inapropiada. ... los compradores con poder de monopsonio no tienen en cuenta a la hora de su elección ni los costos (diferentes al producto que están comprando) ni sus expectativas de operación.”

Sobre la afirmación de la SIC, en el sentido de que las cinco empresas investigadas presentaban diferencias significativas en 1) sus costos de producción, 2) en sus ingresos de ventas, 3) en sus volúmenes de compra de materia prima, 4) en sus volúmenes de inventario, 5) en sus capacidades de producción y la utilización de las mismas, a pesar de lo cual determinan precios iguales para la compra de arroz paddy verde, el estudio de **FEDESARROLLO** concluyó que:

*“Algunas de las diferencias entre empresas a las que hace referencia la afirmación que se revisa en este numeral, pueden en efecto dar origen a demandas asimétricas de arroz paddy verde por parte de las empresas. En este grupo caen las diferencias en inventarios y las diferencias en capacidad de producción e indirectamente las diferencias en los niveles de ingresos por ventas, correlacionadas con las diferencias en capacidad y buena aproximación a las diferencias en tamaño entre las empresas. Las diferencias en estructura de costos pueden también potencialmente dar lugar a diferencias en capacidad y buena aproximación a las diferencias en tamaño entre las empresas. Las diferencias en estructuras de costos pueden también potencialmente dar lugar a diferencias en la valoración de cada empresa por el producto (la empresa más eficiente por el lado de costos posiblemente esté dispuesta a pagar un precio mayor por una cantidad dada de producto, que la empresa que enfrenta costos más altos de producción). La curva de demanda de mercado, cuando hay más de un comprador, se obtiene como la suma horizontal de las curvas de demanda individuales de cada comprador, de modo que a nivel agregado recogerá estas diferencias. **Lo que ocurrirá, por ejemplo, si las empresas tienen grandes niveles de inventarios acumulados, es que su demanda a cada precio posible será menor que en ausencia de esos inventarios. La curva de demanda de mercado reflejará este hecho y en equilibrio la cantidad tranzada y el precio que prevalezca serán menores.** Esta última afirmación es cierta tanto si el mercado de arroz paddy verde es perfectamente competitivo, como si no lo es. (Negrilla fuera de texto)*

... Las diferencias en las empresas se reflejan en el comportamiento agregado de la demanda y con seguridad influyen en la determinación del precio de equilibrio al que se tranza el producto demandado. Pero en mercado de productos homogéneos la prevalencia de un precio único no es evidencia de un acuerdo de precios, ni de lo contrario.”

Sobre la afirmación de la SIC, en el sentido de que las empresas argumentaron que se vieron presuntamente afectadas por circunstancias externas, tales como, a) proyecciones de escasez de arroz para el primer semestre de 2004, b) aprobación de cupos de importación por parte del Gobierno, c) contrabando, d) niveles de inventario de arroz paddy y blanco, e) caída en las ventas en febrero de 2004; dadas las diferencias encontradas, estas debían haberse afectado de manera diversa, lo que impide justificar la simetría en los precios y la identidad en las fechas de aplicación de los mismos, el estudio al que la Sala se ha venido refiriendo, concluyó:

“La línea de argumentación no es apropiada. Ya se ha argumentado por qué no es esperable que en un mercado de productos homogéneos se observe un equilibrio con precios múltiples.

*Con seguridad las circunstancias externas que se enumeran afectaron de manera diversa a las empresas, pero esto no tendría porque haberse reflejado en precios múltiples de compra de arroz paddy verde. Las proyecciones de escasez de arroz para el primer semestre de 2004, sumadas a la aprobación de cupos de importación por parte del gobierno debieron impulsar a los molinos a importar volúmenes importantes de arroz paddy verde, disminuyendo su demanda local por el producto. Una menor demanda agregada da lugar a un menor precio de equilibrio bajo cualquier estructura de mercado. Si adicionalmente el contrabando incrementa la oferta local del producto, el efecto se magnifica. Finalmente, unos niveles altos de inventarios sumados a un desempeño pobre de las ventas en el mercado del bien final, también son razones para esperar una menor demanda por parte de las empresas. Incluso sin conocer el detalle de los números de este mercado, **la enumeración de estas circunstancias sugiere que la dinámica que registró el precio de mercado de arroz paddy verde durante el primer semestre de 2004 tiene que estar explicada, al menos parcialmente, por el comportamiento de las curvas de demanda y oferta del mercado.** (Negrilla fuera de texto).*

A la afirmación de la SIC, relativa a que la práctica que se ha analizado afecta la libre competencia, en cuanto conduce a que el precio no sea el resultado del libre juego entre la oferta y la demanda, sino el producto de un paralelismo consciente entre competidores, el estudio del **FEDESARROLLO**

considera que el ejercicio de poder de mercado no necesariamente se materializa bajo la forma de un acuerdo de fijación de precios, como ya lo explicó y concluye que la **existencia de un precio único y el ejercicio del poder de mercado (poder de monopsonio) no constituyen evidencia acerca de paralelismo consciente entre los competidores para la fijación de precios desde el punto de vista de la teoría económica**; explica que establecer la existencia de dicho paralelismo de precios es difícil en la práctica, pues la mayoría de los acuerdos de colusión surgen a partir del proceso individual de maximización de beneficios de los agentes, en mercados en los que hay pocos vendedores (o compradores) que enfrentan una demanda (u oferta) relativamente inelástica y que se encuentran repetidamente en el tiempo, que se conoce como colusión tácita o implícita y es un tipo de colusión no sancionable desde el punto de vista de la política antimonopolio.

De acuerdo con la teoría económica existen elementos para identificar un acuerdo de precios en el mercado de insumos por parte de compradores de un producto, a saber:

1. Concentración de la demanda en unas pocas manos, caso en el cual un acuerdo de colusión es más fácilmente sostenible mientras menor sea el número de compradores que operan en un mercado, o mientras más concentrada esté la demanda en unas pocas manos. Por esta razón, dimensionar el mercado en cuanto al número de agentes que operan en él y calcular medidas de concentración de la demanda, constituye el punto de partida para evaluar empíricamente la posibilidad de un acuerdo de este tipo.

2. Inelasticidad de la oferta del producto, porque si la oferta es perfectamente elástica, el comprador no podrá ofrecer un precio inferior al costo marginal del producto y si la oferta es completamente inelástica, el comprador podrá reducir indefinidamente el precio sin que haya cambio en la cantidad total de producto transada; la medición de la elasticidad de la oferta es otra medida empírica del poder de monopsonio por parte de los compradores que operan en un mercado, el punto de partida necesario para poder siquiera considerar la posibilidad de un acuerdo para la fijación de precios.

3. Nivel del precio relativo al costo marginal, porque el ejercicio de poder de monopsonio bajo la forma de un acuerdo de fijación de precios se materializa en últimas en un precio de compra por debajo del precio marginal de producción del proveedor, por lo que sería apropiado una

investigación dirigida a establecer la posibilidad de un acuerdo de precios calculando empíricamente este diferencial precio-costos; si el ejercicio de poder de monopsonio tiene el efecto de moderar o eliminar el ejercicio de poder de mercado por parte del productor, esto podría representar mejoras en eficiencia y bienestar de los consumidores y en este caso habría que evaluar si debería constituir una preocupación desde la perspectiva de la política antimonopolio.

4. Flujos de información:

“Cuando hay un número limitado de compradores que enfrentan una oferta de mercado relativamente inelástica y que se encuentran repetidamente en el mercado, si la información acerca de lo que ocurre en el mercado es pública o de fácil acceso para todos los agentes, lo más probable es que surjan esquemas de coordinación entre empresas sin que medien acuerdos explícitos entre ellas. Esto es lo que en teoría se conoce como acuerdos de colusión tácita o implícita.

Los acuerdos de colusión tácita, como se ha dicho, no son sancionables desde el punto de vista de la política antimonopolio, **en la medida en que surgen del comportamiento maximizador individual de cada uno de los agentes que participa en el mercado.** Son los acuerdos explícitos los que están tipificados como un delito. Esto dificulta la labor de la autoridad antimonopolio, porque la evidencia empírica acerca del desempeño de un mercado puede dar indicación de un comportamiento colusivo, pero no permite establecer si este surge de un acuerdo explícito entre las partes involucradas. Usualmente para conseguir esto último se requieren testimonios de las partes comprometidas. Pero esto ya no es objeto de análisis económico.

La ausencia de información pública acerca de los precios y cantidades que se tranzan en un mercado, o de otros indicadores que pueden servir como señal de su dinámica, en combinación con los elementos que se han delineado en este capítulo, sería posiblemente la única variable que objetivamente podría usarse como evidencia de un acuerdo explícito de fijación de precios.”

De lo anterior la Sala concluye que en el mercado de compra de un producto homogéneo, como lo es el arroz paddy verde, la igualdad en los precios no indica necesariamente que exista una conducta conscientemente paralela, pues la publicidad del mercado o flujo permanente de información en este mercado facilita la unidad en los precios; las circunstancias externas (importaciones, escasez, etc) afectan de manera diversa a los molinos, pero no necesariamente se debe reflejar en precios diferentes de compra de arroz

paddy verde; la ubicación de los molinos afecta el precio de compra, en este caso, como lo dice el estudio de **FEDESARROLLO**, es por eso que la empresa **PROCEARROZ**, durante el período analizado muestra una diferencia de \$400.00 menos frente a las demás empresas investigadas, porque algunas empresas pagan el precio del transporte.

Pero, según **FEDESARROLLO**, existen también factores que pueden indicar la presencia de un verdadero acuerdo o conducta conscientemente paralela antimonopolística, a saber: **existe concentración de grandes compradores; la oferta del producto es inelástica, lo que indica que el comprador puede reducir el precio sin importar la cantidad que compre; estas dos circunstancias en el caso de arroz paddy verde, conforme ya se ha dicho y explicado, confluyen en este mercado.**

En este caso, afirma la Superintendencia en el acto sancionatorio, y no ha sido controvertido, que tanto la oferta de arroz empaquetado, como la demanda de arroz paddy verde se encuentra altamente concentrada, y que **las investigadas forman parte de este grupo en un alto porcentaje**, por lo que sí pueden influenciar el mercado, situación que facilita la colusión, en particular, para determinar el precio de compra de este último; además, la oferta de arroz paddy verde que es un bien homogéneo, es inelástica, pues la variación de la producción es independiente del precio, en cambio la demanda es elástica, pues depende de las necesidades de los molinos.

En efecto, si los molineros, que son pocos en la zona central, cuya materia prima esencial para producir el arroz de consumo es el arroz paddy verde, se ponen de acuerdo y establecen un precio, el agricultor-vendedor que en dicha zona está atomizado (alrededor de 2.544) queda en situación de desventaja frente a una oferta inelástica, a lo cual se suma que el arroz es un producto perecedero y debe venderse rápidamente en el mercado.

Lo anterior, es una prueba también indiciaria de que en el mercado de arroz paddy verde sí se pueden presentar conductas colusorias entre los molinos.

Para llegar a la conclusión de que las empresas investigadas y sancionadas incurrieron en una conducta conscientemente paralela, la Administración tuvo también como prueba indiciaria (hecho conocido), como ya se vio, que los precios de compra del mencionado producto fueron prácticamente idénticos en tiempo y valor, que en este tipo de mercados oligopsónicos en el cual el poder de concentración está en los molinos sí se puede presentar esta conducta, pero además, señaló que dicha conducta

no tiene una racionalidad económica que permita considerar una situación diferente a que dichas sociedades incurrieron en una coordinación deliberada o conducta conscientemente paralela.

Teniendo en cuenta que de conformidad con las normas transcritas lo que se sanciona no es tener una posición de dominio en el mercado, como tampoco que se presentara una tendencia en la misma dirección, sino la casi idéntica fijación de sus precios en tiempo y valor durante un período de seis meses, recapitulando, se tienen como hechos probados, los siguientes:

1. La identidad de los precios. En la hoja núm. 19 y siguientes de la Resolución núm. 22625 de 2005, la Administración ilustra la situación por medio de las gráficas núms. 2 y 3 que elaboró con base en la información presentada por las investigadas que la Sala transcribió, que pone en evidencia la igualdad de precios que sostuvieron las investigadas, en los Grupos 1 y 2 por carga de 125 kilos de arroz paddy verde de 1o. de enero a 30 de junio, pero **además éstas demuestran que la variación en los precios fue casi similar y en la misma proporción** y que dicha coincidencia fue similar en todas las variaciones, que se hicieron el 7 y 19 de enero, el 17 y 23 de febrero, el 19 de mayo y el 10 de junio para las dos clases de grupos de arroz paddy verde, y para el grupo 2 además existió una variación el 16 de marzo en la cual coincidieron las investigadas.

Además de lo anterior, en el mismo acto de sanción, la entidad demandada elaboró una lista de precios de compra de arroz paddy verde por carga de 125 kilos, para cada grupo (hojas que se reprodujeron en páginas anteriores), en la cual se observa que en efecto, los precios y sus variaciones en el primer semestre de 2004, fueron prácticamente idénticos en el día a día, y cuando se variaron se hizo en proporción idéntica casi siempre el mismo día o con diferencias mínimas de días; a esta conclusión también llegó cada una de las sentencias apeladas, respecto de las actoras **ARROZ DIANA S.A.** y **PROCEARROZ LTDA.**

En el caso de **PROCEARROZ**, la diferencia de \$400.00 se da por razones del transporte, como lo explicó el estudio de **FEDESARROLLO**; pero además, si se observan las **GRÁFICAS** que esta actora presentó a folios 17 y 19 del recurso de apelación, antes reproducidas, lo que se observa es que, (sin tener en cuenta la diferencia de \$400.00), su comportamiento es casi idéntico a partir del 23 de febrero a 30 de junio, fecha en la cual su precio de compra va disminuyendo con el tiempo de manera casi simultánea e idéntica a los demás molinos sancionados.

Si bien es cierto, como lo señala **PROCEARROZ LTDA.**, que en el caso de **ARROZ DIANA S.A.**, en algunos días no se tuvo información sobre sus precios de compra de arroz paddy verde del grupo 1, también lo es que en los demás días, que son la mayoría, (110 de 182) coincidió exactamente con los precios de los demás molinos investigados y con las fechas de variación; en el caso del grupo 2, en efecto no se dispuso de información alguna sobre los precios de compra de **ARROZ DIANA S.A.**, circunstancia que no afecta la decisión que se tome respecto de su conducta en relación con el precio que fijó para la compra de arroz paddy verde del grupo 1.

2. Identidad en los movimientos (tiempo y valor). Como ya se observó en las gráficas mencionadas, se reitera, también hubo coincidencia en la similitud de sus movimientos, pues fueron casi idénticos, lo cual explica la Superintendencia en las Tablas núm. 1 y núm. 2, respectivamente, para cada grupo de arroz paddy verde (hoja 30 de la misma Resolución sancionatoria núm. 22625 de 2005), en las cuales se advierte que las variaciones fueron las mismas, tanto para subir como para bajar el precio de compra del producto; dichas variaciones no provienen del comportamiento de un mismo molino, lo que descarta un seguimiento a un líder.

3. Falta de racionalidad económica. Observa la Sala que dicha unidad o uniformidad de precio de compra de arroz paddy verde por parte de las actoras no se dio durante unos días, sino durante seis meses, y en el caso de **PROCEARROZ LTDA.** se dio durante más de cuatro meses; que los precios variaron casi al mismo tiempo en igual sentido y proporción por más de cinco veces para cada grupo de arroz 1 y 2; que en efecto, cinco empresas-molinos que manejan diferentes inventarios, necesidades, niveles de compra y venta, variedades de arroz, volúmenes de importación, capacidad de almacenaje, que tienen diferente facturación y otras variables, que tienen cada una su propio Comité de Compras que se reúne en sitios y fechas diferentes, tengan igual comportamiento en el primer semestre de 2004, sí son indicios de que, como lo consideró la Superintendencia de Industria y Comercio, existió una conducta conscientemente paralela.

No existe prueba de que las expectativas de escasez y posteriormente de sobreoferta debido a la importación de arroz, hubieran influenciado de igual manera a todos los molinos sancionados, durante un período tan prolongado.

Las situaciones presentadas por **PROCEARROZ LTDA.** para la variación de sus precios, que no han sido cuestionadas por la SIC, no se relacionan en

sus Comités de Compras; y si bien pueden tener repercusión en todos los molinos, debido a la situación particular de cada uno, como lo ha explicado la Superintendencia, no puede afectarlos de la misma manera, porque cada molino es independiente por lo que tiene comportamiento y variables diferentes, como son sus inventarios, compras, ventas, posibilidad de almacenamiento, volumen de importaciones, porque lo que racionalmente no es posible tanta coincidencia, en otras palabras no puede ser fruto de la casualidad.

Según lo explica el perito, señor **ALONSO CASTELLANOS RUEDA**, en la medida en que los niveles de inventarios son altos en relación con las necesidades de compra, el precio es influenciado hacia la baja y viceversa; las necesidades de compra a su vez están afectadas por los requerimientos de producción, que se derivan de las expectativas de ventas y las obligaciones de suministro, contraídas por los compradores (molinos) con sus clientes.

Además, como lo señala el acto sancionatorio acusado, no obstante que los Comités de Compras de cada molino están integrados por personas diferentes, que se reúnen en lugar y fechas diferentes, llama la atención que la fecha en que empiezan a regir los nuevos precios, como el monto de la variación, resulte igual en casi todos los cambios, lo cual demuestra la entidad en la gráfica que aparece en la hoja 31.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de **PROCEARROZ LTDA.**, en el sentido de que se le rebaje la multa, la demanda que es la que fija el litigio, no explica las razones por las cuales dicha sanción no es proporcional. Simplemente, afirma que su porcentaje de participación en la compra de arroz paddy verde para el primer semestre de 2004, fue de 4.19 % en la región central y no de 9% como lo señala la SIC, sin que ello explique por sí sola la razón de la falta de proporcionalidad; lo cierto es que la multa está dentro de los parámetros fijados por el artículo 4°, numeral 15, del Decreto 2153 de 1992, antes transcrito.

Ahora, en relación con la multa impuesta a su representante legal, gerente y miembro del Comité de Compras, su conducta también se ajusta a lo dispuesto en el artículo 4°, numeral 16, ídem, porque dicha disposición contempla la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga multas a los administradores, directores, representante legales y demás personas que autoricen, ejecuten o toleren las conductas violatorias de las normas sobre la promoción de la competencia, por lo que la norma fue debidamente aplicada y correctamente interpretada.

Para la Sala la decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio está motivada; es el producto de una investigación pormenorizada y su argumentación es clara y abundante, lo que arrojó como consecuencia, que la única explicación que tiene el hecho de que los precios de compra por parte de los molinos de arroz paddy verde en el primer semestre de 2004, fueran casi idénticos y variaran de manera igual en tiempo y valor, fue que las empresas investigadas y sancionadas, entre ellas las actoras en este proceso, se pusieron de acuerdo en una conducta conscientemente paralela, lo cual sustentó en la parte motiva de los actos acusados, sin que, como lo afirmaron las sentencias apeladas, las actoras lo hubieran desvirtuado.

Por lo anteriormente explicado, la Sala para el caso de la sentencia de 1o. de octubre de 2009, Actora: **ARROZ DIANA S.A.**, revocará su artículo primero, que declaró de oficio la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa por haber presentado argumentos adicionales a los que indicó en la vía gubernativa; y respecto de las pretensiones de las demandas de que se declare la nulidad de los actos acusados, confirmará las sentencias apeladas, en cuanto las negaron, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia...».

*Guillermo Vargas Ayala, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

XX. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN

Su otorgamiento no impide que el inmueble sea declarado patrimonio cultural, histórico, arquitectónico o artístico

12 de agosto de 1999

Radicación: CE-SEC1-EXP1999-N5500

...«Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos.

Ello tiene fundamento, entre otras disposiciones, en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Constitución, al establecer que “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Y bien es sabido que las normas de contenido policivo, como las de ordenamiento urbano y uso del suelo, se expiden consultando el interés social. (...)

Además, debe tenerse en cuenta que el precitado artículo 58 de la Constitución consagra el principio de que la propiedad es una función social que implica obligaciones. De ahí que la propiedad privada puede ser objeto de diversas formas de limitación, con sujeción al ordenamiento jurídico y a la justificación legítima en cada caso. (...)

Una de tales formas de limitación es precisamente la de declarar determinados inmuebles como patrimonio cultural, histórico, arquitectónico

o artístico, por autorización constitucional dada a los municipios en el artículo 313, numeral 9 de la Carta, en tanto faculta a sus concejos para dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa de su patrimonio cultural, por lo cual ello por sí mismo no entraña violación del derecho de propiedad que sobre ellos se tenga.

El ejercicio de esta atribución de las autoridades administrativas es ciertamente reglada, pero no está previsto en forma alguna que el mero hecho de que se hubiera otorgado una licencia de construcción las inhiba de ejercerla respecto del inmueble correspondiente, claro está bajo el supuesto de que aún exista el inmueble, supuesto fundamental de hecho para ejercerla, adicionado con la existencia de las características que la ley prevea para que amerite ser declarado como patrimonio arquitectónico, cultural, histórico o artístico. Tampoco cabe asumir que los derechos derivados de una licencia de construcción escapen a las limitaciones o efectos que puedan surgir de la aplicación de normas policivas o de orden público.

De modo que el decreto demandado, en cuanto incluyó como bien de conservación arquitectónica (lo cual es un componente del patrimonio cultural de los municipios) el inmueble de propiedad del causahabiente de los actores, no ha violado tal derecho por la circunstancia de que antes se le hubiera otorgado una licencia de construcción y la consecuente autorización para demolerlo, toda vez que dicha licencia no crea derecho adquirido, como tampoco implica que el inmueble de que se trate no tenga los atributos o condiciones necesarias para ser sometido a tratamiento especial por cualquiera de las razones previstas en la ley.

La administración bien puede, con posterioridad al otorgamiento de la licencia, detectar o establecer la existencias de dichas condiciones y proceder, en consecuencia, con lo cual ha de entenderse que la situación jurídica del inmueble se modifica, de manera que puede ocasionar incluso, que la licencia de construcción decaiga por desaparición de sus fundamentos de derecho, sí está implica su demolición, como en el presente evento, por la sencilla razón de que se estaría ante un inmueble que no es permitido demoler.

Una vez declarado el inmueble como patrimonio arquitectónico de la ciudad, y sometido al régimen pertinente, el acto administrativo respectivo permite presumir que aquél ostenta las características y condiciones que ameritan dicha declaración, y si el interesado estima que ello no es cierto, como en el sub lite, a él le corresponde desvirtuar dicha presunción,

demostrando dentro del plenario la situación contraria, mediante pruebas que así lo pongan en evidencia, v.g. dictamen pericial o inspección judicial con intervención de peritos...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

LIGENCIA DE CONSTRUCCIÓN

La omisión de la notificación a terceros determinados se subsana cuando estos intervienen en la actuación administrativa

18 de julio de 2001

Radicación: 25000-23-24-000-1992-02935-01(6215)

...«V.2. Examen de la apelación de la sentencia

Como se reseñó, las resoluciones antes citadas vienen anuladas por el *a quo* debido a que a la actora no se le hizo notificación alguna, conforme a lo señalado en el artículo 65 de la Ley 9ª de 1989, en cuanto se remite a los artículos 14 y 35 del C.C.A.; a lo cual replica la entidad demandada en la sustentación del presente recurso que no violó dicho artículo porque mediante aviso publicado en el diario **El Tiempo** se hizo saber a los terceros de la iniciación del trámite de la licencia en mención y que, una vez otorgada ésta, se publicó en la página 20 de la edición del 10 de febrero de 1992 en el diario **El Siglo**.

Como se aprecia, la cuestión en esta instancia se contrae en principio a una posible violación del derecho de audiencia de la actora, en la expedición de la Resolución núm. 031 de 7 de febrero de 1992, en virtud de que no fue vinculada desde su inicio a la actuación respectiva, como lo dispone el artículo 65 de la Ley 9ª de 1989. Sobre el particular se tiene que éste dispone:

“Las solicitudes de licencias y de patentes serán comunicadas a los vecinos, a quienes se citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos, en los términos previstos por los arts.14 y 35 del decreto-ley 1 de 1984 (Código Contencioso Administrativo). (...)”.

A su vez, los artículos 14 y 35 citados en la norma, señalan:

“ART.14.- Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en

las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz”.

“En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición.

“Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que trata el artículo siguiente”.

“ART.35.- 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.

“En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

“Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

“Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título”.

De acuerdo con este artículo, para vincular a terceros a las actuaciones administrativas, como la del sub lite, se debe intentar la citación cuando éstos pueden determinarse con base en la petición o en los registros de la autoridad y, además, que ella sea posible o no resultare muy costosa o demorada. De lo contrario, procede acudir a la publicación, prevista en el artículo 15 del C.C.A., según el cual, *“Cuando de la misma petición aparezca que terceros no determinados pueden estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión, el texto o un extracto de aquélla que permita identificar su objeto, se insertará en la publicación que para el efecto tuviere la entidad, o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso”.*

En el presente asunto, observa la Sala que en la documentación aportada con la solicitud de la licencia la actora aparece como un tercero determinado, toda vez que está identificada en el folio de matrícula como colindante del terreno objeto de la solicitud y como quiera que no se evidencian circunstancias que hicieran costosa o demorada la citación de la misma, o que no se le pudo hacer, ella ciertamente debió haber sido citada de manera directa; de modo que, en su caso, la publicación no puede

aducirse como un medio válido para el efecto, puesto que no se dan los supuestos que la justifican, según el artículo 14 del C.C.A. y, menos, según el artículo 15 *ibídem*.

Sin embargo, la Sala considera que esta omisión quedó subsanada cuando la actora intervino en el procedimiento administrativo respectivo, aprovechando una de las oportunidades existentes para ello, cual es la de la vía gubernativa, por las siguientes razones:

A fin de retrotraer la actuación administrativa, el interesado puede solicitar la nulidad por vicios de forma, como el comentado, en virtud del artículo 3º, inciso quinto del C.C.A., aprovechando los recursos de la vía gubernativa. En el sub lite, la actora no sólo dejó de pedir en el recurso de reposición la nulidad de lo actuado sino que, en su lugar, planteó las cuestiones atinentes a sus intereses en el asunto y que son los mismos argumentos aducidos en este proceso, luego, tuvo la oportunidad de hacerlos examinar por la Administración en el procedimiento administrativo.

La amplitud de esta etapa del procedimiento administrativo permite que los terceros que no pudieron intervenir en la actuación administrativa, hagan uso de la misma a pesar de ello, por cuanto es suficiente que acrediten el interés (es decir, que no les precluye la oportunidad de manifestarse respecto del asunto) y que planteen todas las cuestiones que a bien tengan, sin restricción alguna -como lo hizo la actora-, según el inciso segundo del artículo 59 del C.C.A., que ordena que la decisión de los recursos “*resolverá las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes*” (resalta la Sala).

El término para interponer los recursos no les empieza a correr mientras la decisión de la actuación administrativa no les haya sido notificada, o publicada, cuando sea del caso, de modo que mientras ello no se produzca en legal forma, pueden recurrir en cualquier tiempo o, en su defecto, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, atendiendo el artículo 135 del C.C.A.

De otra parte, en lo concerniente a la falta de notificación personal a la actora de la Resolución núm. 031 de 7 de febrero de 1992, aparte de que no es causal de nulidad, sino una condición de eficacia de los actos administrativos, se trata de otra omisión que fue subsanada por la propia actora mediante la notificación por conducta concluyente por la interposición del recurso de reposición contra la misma, atendiendo lo prescrito en el artículo 48 del

C.C.A., del cual cabe señalar que la notificación también puede darse como surtida cuando el interesado utilice en tiempo los recursos legales.

En resumen, si bien hubo algunas omisiones de la administración en el trámite de la licencia enjuiciada respecto de la actora como tercera interesada en ella, ésta tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia y de defensa dentro del mismo. Por consiguiente, la sentencia apelada resulta infundada frente al cargo respectivo, toda vez que éste carece de vocación de prosperar, de donde habrá de revocarse...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel E. Mendoza Martelo,
Manuel S. Urueta Ayola.*

LIGENCIA DE CONSTRUCCIÓN

A vecinos se les debe comunicar desde la solicitud y no al concederse la licencia, tal omisión viola el debido proceso

13 de septiembre de 2007

Radicación: 05001-23-31-000-1995-01415-01

...«Los actos acusados otorgaron licencia de construcción al señor RAUL FAJARDO MORENO para el proyecto denominado “Pinar del Río”, con base, entre otras, en las disposiciones de la Ley 9ª de 1989 (folios 56, 63 a 68, 69 a 71, del cuaderno principal).

Conforme al artículo 65 de la Ley 9ª de 1989, **la solicitud** de licencia de construcción debe comunicarse a los vecinos.

En este caso, está demostrado en el proceso que dicha comunicación no se llevó a cabo, sino que, posteriormente, **una vez se otorgó la licencia**, se ordenó notificar a los vecinos, para que dentro de los cinco días siguientes a su notificación pudieran interponer los recursos de reposición y de apelación, según también lo dispone el artículo 65 de la citada Ley 9ª (ver folio 56 vuelto).

Sobre este aspecto, resulta oportuno resaltar que esta Corporación en sentencia de 18 de julio de 2001 (Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), frente a un asunto similar al que ahora es objeto de estudio sostuvo que no toda irregularidad en un trámite administrativo conlleva la nulidad del mismo, sino solo en la medida en que el vicio vulnere el derecho de defensa.

Al efecto, precisó la Sala en la referida sentencia:

“... observa la Sala que en la documentación aportada con la solicitud de la licencia la actora aparece como un tercero determinado, toda vez que está identificada en el folio de matrícula como colindante del terreno objeto de la solicitud y como quiera

que no se evidencian circunstancias que hicieran costosa o demorada la citación de la misma, o que no se le pudo hacer, ella ciertamente debió haber sido citada de manera directa; de modo que, en su caso, la publicación no puede aducirse como un medio válido para el efecto, puesto que no se dan los supuestos que la justifican, según el artículo 14 del C.C.A. y, menos, según el artículo 15, ibídem.

Sin embargo, la Sala considera que esta omisión quedó subsanada cuando la actora intervino en el procedimiento administrativo respectivo, aprovechando una de las oportunidades existentes para ello, cual es la de la vía gubernativa...”

En este caso, la Sala rectifica la tesis expuesta en la precitada sentencia, habida cuenta de que es evidente que si la ley ha previsto que desde un comienzo, tratándose de materia urbanística, los vecinos de la obra a construir estén enterados de la misma, es porque el legislador ha sido consciente de que la garantía de su derecho de defensa tiene como punto de partida el momento procesal de la comunicación de la solicitud de licencia de construcción, a fin de que los mismos preparen sus argumentos en torno de la viabilidad o inviabilidad de la obra a construir.

Considerar que con la posibilidad de interponer los recursos se sana la irregularidad de la falta de comunicación de la solicitud, es cercenar el derecho de defensa, pues el término para ejercitar los medios de impugnación es muy limitado (5 días), en tanto que el legislador previó en estos casos uno mucho más amplio desde la comunicación de la solicitud hasta la notificación del acto administrativo de otorgamiento.

De tal manera que los actos acusados, en virtud de su expedición irregular que afecta el debido proceso, deben ser declarados nulos...».

*Martha Sofía Sanz Tobón, Camilo Arciniegas Andrade,
Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Marco Antonio Velilla Moreno.*

XXI. MECANISMOS DE CONTROL NATAL Y DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

A. MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS

DISPOSITIVO INTRAUTERINO (DIU)

La anticoncepción es un derecho que permite a la mujer el ejercicio y la materialización de sus derechos sexuales y reproductivos, negar a esta su acceso resulta discriminatorio

13 de diciembre de 2005

Radicación: 11001-03-24-000-2002-00308-01(8262)

...«El Dispositivo Intrauterino –DIU– es un método anticonceptivo temporal para la mujer. Es un pequeño aparato fabricado en plástico, – algunos con revestimiento de cobre y/o hormonas–, que se coloca dentro del útero de la mujer para impedir la fecundación. Su efectividad es del 98% y brinda protección anticonceptiva hasta por 10 años.

Para prevenir un embarazo, el DIU:

Interfiere con la movilidad de los espermatozoides.

Acelera el paso de óvulos por la trompa, disminuyendo el tiempo en que pueden ser fecundados.

El cobre que recubre algunos dispositivos intrauterinos hace que el moco cervical se haga más espeso e interfiera el paso de espermatozoides hacia las Trompas de Falopio.

Interfiere la vitalidad de los espermatozoides.

Los efectos colaterales del DIU son mínimos, es un método altamente confiable que brinda protección anticonceptiva por largo tiempo sin interferir con las relaciones sexuales. Su costo es muy bajo comparado con el tiempo de protección que ofrece y puede adquirirse en cualquiera de las clínicas de Profamilia en el país.

Actualmente, en Colombia se comercializan dos tipos de dispositivos intrauterinos: TCU380A y Endoceptivo Mirena. Entre los Dispositivos Intrauterinos se encuentran los inertes (sin liberación de espermicidas), los de cobre (TCU380A) y los liberadores de levonorgestrel (T LGN-Mirena).

El ión de cobre liberado desde un DIU de cobre aumenta la reacción inflamatoria y alcanza concentraciones en los fluidos ilúminales del tracto genital, que son tóxicas para los espermatozoides. Esto afecta la función o viabilidad de los gametos, disminuye la tasa de fertilización y mengua las probabilidades de supervivencia de algún embrión que pudiera haberse formado, aún antes de alcanzar el útero. El levonorgestrel reduce la proliferación endometrial mensual; inhibe la función y motilidad espermática normal en el útero y trompas y la migración espermática a través de la viscosidad aumentada del moco cervical; y aplaza o inhibe la ovulación. Así, pues, no puede concluirse que cause un aborto.

En la Revista Colombiana de Ginecología y Obstetricia volumen 55 N° 4 Bogotá Oct./Dec. 2004 los profesores Pio Iván Gómez, M.D. y Hernando Guillermo Gaitán, M.D., M.Sc conceptúan:

“El mecanismo principal del DIU es evitar la fecundación impidiendo el ascenso de espermatozoides al tracto genital superior por diversos factores como: producir alteraciones histobioquímicas en el endometrio por inflamación crónica aséptica, invasión de los polimorfonucleares y linfocitos, con producción de edema, fibrosis del estroma y aumento de la vascularidad en los tejidos inmediatamente adyacentes al DIU. La liberación de los iones de cobre causa reacciones biológicas, quizá hay antagonismo catiónico con el zinc de la anhidrasa carbónica del tracto reproductivo. Otras evidencias sugieren que los iones de cobre bloquean el ADN celular del endometrio e impiden el metabolismo celular del glucógeno y a la vez alteran la toma de estrógenos por la mucosa uterina. Quizá la sumatoria de lo anterior altera la capacitación espermática impidiendo que estos puedan ascender a las trompas.”

En igual sentido el Ministerio Público sostuvo que el DIU no es un método abortivo sino un mecanismo de control natal y de planificación familiar que permite evitar la concepción; y alude a que según la Universidad de Michigan

Health System (Mc Kesson Clinical Reference Systems) este método evita el embarazo cambiando el ambiente físico del canal reproductivo e impidiendo la fertilización del óvulo.

La Organización Mundial de la Salud define el aborto como la interrupción del embarazo a través de una intervención deliberada, con intención de terminarlo. El embarazo parte del proceso que inicia con la implantación del cigoto en el endometrio. El aborto inseguro es una de las primeras causas de mortalidad materna en el mundo y como tal, un problema de salud pública que concierne a toda la sociedad y requiere una respuesta positiva por parte del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, Colombia aprobó el Plan de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (El Cairo 1994), comprometiéndose a promover el acceso de la mujer a una amplia gama de métodos anticonceptivos, a reducir la morbi-mortalidad materna y los embarazos no deseados; en su parágrafo 8.25 estableció específicamente el compromiso de asignar siempre la máxima prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto. Igualmente, en la Declaración de Viena (1993) y la Plataforma de acción de Beijing (1995) se dispuso la promoción de métodos anticonceptivos, reducción de mortalidad materna, embarazos no deseados y abortos inseguros.

En consecuencia, las acciones del Estado en el sector salud deben comprender la protección de los derechos sexuales y reproductivos afectos al derecho fundamental a la salud. La anticoncepción es un derecho que permite a la mujer el ejercicio y la materialización de sus derechos sexuales y reproductivos y su reconocimiento como persona autónoma, con capacidad para decidir y construir libremente su proyecto de vida. Todas las barreras que se oponen o limitan el acceso de la mujer a los servicios de salud y a medicamentos producto del avance científico, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva, resultan discriminatorias y limitan su derecho a proteger su propia vida.

El artículo 42 de la Constitución Política establece que la familia se cimenta en el respeto recíproco entre sus integrantes y que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Este derecho implica el deber de las instituciones de salud de ofrecer servicios de fecundidad y anticoncepción, que respeten el libre desarrollo de la personalidad y las libertades de conciencia y de cultos. En desarrollo de este

postulado el Acuerdo 110 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud clasificó los anticonceptivos como medicamentos esenciales. (...)

Según el estudio realizado por el Centro de Investigaciones sobre Dinámica Social –CIDS– de la Universidad Externado de Colombia (grupo Demografía y población y de la línea Salud sexual y reproductiva), que utilizó como insumo la encuesta Demográfica y de Salud de Profamilia – 2000, los principales datos de la anticoncepción en Colombia reportan que la tasa alcanza el 77%. La mayoría corresponde a métodos modernos (64% de mujeres casadas o en unión libre usan métodos modernos; el 13% usa métodos tradicionales o «folclóricos»). El método más común es la esterilización femenina (27%), seguido por la píldora y el DIU (12% para cada uno); y si bien el 17% de las usuarias lo descontinúan en los primeros 12 meses, sigue siendo el método de mayor duración (17 meses en promedio).

El avance logrado en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y control de la natalidad en el país es significativo. En 40 años el promedio de hijos por mujer en Colombia se redujo de 7 a 2,6. El reto es, para Profamilia, disminuir el índice de embarazos no deseados, sobre todo en adolescentes.

La anticoncepción consiste en impedir la concepción valiéndose de la obstrucción de cualquiera de las fases anteriores a la concepción del óvulo. Sus mecanismos incluyen alterar la movilidad de los espermatozoides, impedir la ovulación o la unión del espermatozoide con el óvulo. Evita el embarazo y reduce las situaciones que podrían impulsar a un aborto.

Los DIUs, en todas sus presentaciones, son métodos anticonceptivos para prevenir el embarazo y, como tales son incapaces de provocar o inducir un aborto; su acción consiste en afectar la movilidad de los espermatozoides, acelerar el paso de óvulos por la trompa disminuyendo el tiempo en que podrían ser fecundados, espesar el moco cervical (alteraciones histobioquímicas en el endometrio por inflamación crónica aséptica, invasión de los polimorfonucleares y linfocitos, con producción de edema, fibrosis del estroma y aumento de la vascularidad en los tejidos inmediatamente adyacentes) impidiendo el transporte del esperma humano y la penetrabilidad del espermatozoide en el óvulo, y aplazar o inhibir la ovulación.

El criterio de la Corte Constitucional se ha orientado a proteger la vida desde la concepción; con todo, la acción de los DIUs no es posterior a ésta,

pues, como se explicó, su principal función es evitar la fecundación del óvulo.

Aun, ciertos criterios médicos se inclinan por determinar que la concepción se inicia al implantarse el óvulo fecundado en la pared uterina y que no es sinónimo de fertilización. Al respecto anotan:

“La fecundación generalmente ocurre dentro de las pocas horas de la ovulación, en el tercio exterior de la trompa uterina. El cigoto tarda hasta tres (3) días en llegar hasta la cavidad del útero. Lleva otros dos (2) días hasta comenzar la implantación y, como promedio, otros tres (3) días más en implantarse con éxito. Una vez en el interior de la cavidad uterina, el cigoto comienza a producir gonadotropina coriónica, que es detectable en la sangre materna a partir del octavo o noveno día después de la ovulación. La mayoría de los expertos consideran que éste es el punto de la concepción.”

En concordancia con lo anterior, argumentan que la ciencia médica define el inicio de un embarazo como la implantación de un huevo fecundado en la capa de mucosa que recubre el útero. Alegan que la etapa pre-embriónica³⁴ que discurre desde el cigoto, la conformación de la MCI y la implantación³⁴, tiene meras funciones nutricionales y preparatorias de la emergencia del verdadero embrión, el cual aflora con la aparición de las células de la MCI y no antes, con un genoma definitivamente orientado a embrión. Según esta interpretación el pre-embrión no tendría condición de individuo humano, pues los factores epigenéticos, son tan esenciales como los genéticos para el desarrollo de un ser humano completo.

La otra posición, aunque acepta que la vida es un proceso continuo, considera que la fertilización es un hito crítico porque, en circunstancias ordinarias, un organismo humano nuevo, genéticamente distinto, es formado cuando los cromosomas se mezclan en el oocito. Esto independientemente de que el genoma embrionario se activa únicamente cuando de 2 a 8 células estén presentes en 2 o 3 días. Pese a que el período embrionario tiene varios estadios, su desarrollo es continuo y no intermitente.

A partir de lo anterior concluyen:

“La fecundación no es un hecho instantáneo. Tiene una cierta duración. Sin embargo, todo lo que sucede en este breve proceso se encuentra conducido desde su inicio por un plan que apunta hacia un estado de cosas unificado, cualificado y configurado. El genoma aún antes de expresarse de una manera tal que posea un destino asegurado y dirigido hacia la constitución de un ser humano completo posee

ya una dirección no sólo específica, es decir, no sólo determinante de la pertenencia a una cierta especie biológica, sino individualizante, es decir, constructora de la singularidad irreplicable del ser vivo en cuestión. (...)

Sin embargo, sería Magdalena Zernicka-Goetz quien descubriría algo más: el patrón espacial o topológico de organización del cigoto es conservado en el embrión aún después de la implantación. Simultáneamente, ella sospechó otra cosa igualmente importante: que el acto de fertilización podía ser parte de los factores determinantes de esta estructuración primigenia.”

No es tarea de la Sala conciliar las diferentes explicaciones alrededor del tema; sin embargo, considera que si bien se reconoce la protección a la vida, en todas sus manifestaciones, como pilar fundamental del Estado social de derecho, la intervención en defensa de una especial concepción de la vida no debe restringir el derecho de las personas a adoptar sus propias decisiones en materia de planificación familiar, que, como se anotó, implica ejercer abiertamente su derecho al libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, religiosa y de cultos.

Así, la Sala concluye que la utilización del DIU no provoca un aborto. Deben, pues, negarse las pretensiones de la demanda...».

*Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, Camilo Arciniegas Andrade,
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, María Claudia Rojas Lasso.*

PÍLDORAS ANTICONCEPTIVAS DE EMERGENCIA (PAE)

Es anticonceptivo y no abortivo al actuar antes de la concepción

5 de junio de 2008

Radicación: 11001-03-24-000-2002-00251-01

...«La cuestión fáctica central del sub lite consiste en establecer si el producto cobijado por el registro sanitario impugnado es un anticonceptivo o un abortivo, y si atenta o no contra la vida humana. El carácter abortivo, tal como está planteada la cuestión, lo hace derivar el actor de que el POSTINOR 2 es un abortivo al impedir, no la fecundación, sino siempre la anidación del óvulo fecundado. (...)

En la resolución acusada, según la transcripción de la misma en lo que atañe a la cuestión planteada, se le describe como ANTICONCEPTIVO siempre que se suministre dentro de las 72 horas siguientes al coito, de donde se le especifica como ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA (AE).

Ese carácter le viene del principio activo aplicado en su elaboración, consistente en LEVONORGESTREL (LNG) en proporción de 0.75 mg.

El principio activo es el compuesto o mezcla de compuestos que tiene una acción farmacológica, es decir, que tiene efectos de fármaco o medicamento. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como sustancia contenida en un fármaco o preparado, por obra de la cual ésta adquiere su peculiar propiedad medicinal.

Se sabe que el levonorgestrel es una progestina sintética biológicamente activa, y como tal tiene propiedades antiestrogénicas, y que por lo mismo es utilizado como anticonceptivo oral.

Su forma de actuar conocida consiste en que el levonorgestrel previene la ovulación sin tener un efecto importante sobre el endometrio y no es efectivo después que la implantación del cigoto o huevo (célula resultante

de la unión del gameto masculino con el femenino en la reproducción sexual de los organismos) se ha iniciado, tal como se verá seguidamente. (...)

Del material probatorio y la información o documentación autorizada sobre la materia se infiere, sin lugar a dudas, que el POSTINOR 2, en razón a su principio activo, es un anticonceptivo por tener la posibilidad de prevenir la fecundación del óvulo en la mayoría de los casos (por lo menos en 75%) en que es suministrado dentro de las 72 horas siguientes al coito sin protección, en dosis de dos (2) píldoras, de una vez o con intervalo de 12 horas cada una.

Que el efecto preventivo resulta de la acción negativa o retardante que tiene su principio activo sobre la migración o ascenso del espermatozoide en el útero, dificultando su encuentro con el óvulo, cuando ya ha habido ovulación; así como retardando la ovulación cuando ésta no ha tenido lugar en el momento del coito, hasta más allá del tiempo que puede sobrevivir el espermatozoide en el ambiente uterino.

Que producida la fecundación, su principio activo no tiene capacidad de incidir directamente en el óvulo fecundado, y después de la anidación o fijación de éste en el endometrio, tampoco causa efecto alguno sobre esa anidación, o lo que es igual, sobre el embarazo, ni sobre el feto.

Que, en consecuencia, no está demostrado que interrumpa o altere el embarazo, es decir, que tenga efecto abortivo ni lesivo sobre el óvulo fecundado y menos cuando ya se ha anidado, (...)

[L]a Sala observa que los elementos de juicio que obran en el plenario y la información autorizada que se tiene sobre el estado del conocimiento sobre la materia, especialmente el concepto del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el sentido de que “*el LEVONORGESTREL no causan ningún daño directo al embrión humano*”, avalan los fundamentos fácticos de la resolución acusada, en especial sobre el carácter anticonceptivo del POSTINOR 2, que de paso descartan la calidad de abortivo que le atribuye el actor; de lo cual, por lo demás, éste no aporta prueba o información científica proveniente de fuente con autoridad sobre la materia, e incluso la prueba de esa índole que él solicitó se contrapone o desvirtúa ese carácter abortivo que aduce en la demanda; luego no aparece demostrado que vulnere el derecho a la vida, o lo que es igual, que viole las normas invocadas en la demanda...»

*Marco Antonio Velilla Moreno, Camilo Arciniegas Andrade,
Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, Martha Sofía Sanz Tobón.*

B. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE)

Su práctica en los casos establecidos por la Corte Constitucional no constituye delito. La práctica del IVE no constituye un derecho de la mujer

13 de marzo de 2013

Radicación: 11001-03-24-000-2008-00256-00

...«El Decreto 4444 de 2006 se expidió el 13 de diciembre de 2006, luego de proferida la sentencia C-355 del mismo año por parte de la Corte Constitucional, el 10 de mayo del citado año. Cabe precisar que dicha sentencia tuvo por objeto pronunciarse en relación con las demandas de inconstitucionalidad instauradas contra varios artículos de la Ley 599 de 2000, Código Penal, entre ellos el 122 que consagra:

“Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

En dicho fallo, la Corte Constitucional resolvió: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

Discurrió la Corte en el citado fallo:

“Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud”.

Concluyó la Corte: “Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto, el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyeron de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.”

No cabe duda que la sentencia C-355 de 2006 no tuvo por objeto consagrar el derecho al aborto, sino despenalizar tres eventos en los cuales su práctica no es constitutiva de delito...».

*Marco Antonio Velilla Moreno, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala (Salvamento de voto).*

INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO (IVE)

Tratándose de mujer en condición de discapacidad debe anexarse a la solicitud de IVE la certificación médica cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida

13 de octubre de 2016

Radicación: 11001-03-24-000-2013-00257-00

...«[L]o previsto en la parte final del inciso 2º de la instrucción tercera (...) genera un déficit de protección de la vida del *nasciturus*, pues excluye sin justificación alguna la exigencia, señalada por la Corte [sentencia C-355 de 2006], de contar con la certificación de un profesional que acredite tales circunstancias especiales. (...)

El que en esta regla se trate el caso de mujeres en condición de discapacidad en absoluto puede constituir un motivo para exceptuar dicha exigencia, pues la protección de la vida en formación que se aloja en el vientre materno merece en todos los casos el mismo grado de protección. En consecuencia, frente al inciso 1º de la instrucción tercera, se denegará la pretensión anulatoria; mientras que respecto de su inciso 2.º la Sala declarará su validez condicionada a que se entienda que en el caso de las mujeres con discapacidad, la solicitud de IVE puede efectuarla su representante legal o quien quiera que actúe legítimamente en su nombre, sin requisitos formales adicionales al denuncia penal por acceso o acto carnal violento o abusivo, cuando tal sea la causal invocada, o con la certificación de un médico cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, o exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, si ellas son las circunstancias aludidas en el caso concreto.

[L]a instrucción cuarta se ocupa del tema de la objeción de conciencia. En ella se niega la posibilidad de ejercer este derecho a las personas jurídicas y se reserva a personas naturales que prestan de manera directa el servicio,

con lo cual también se deja por fuera de su órbita de cobertura al personal administrativo al servicio de los entes hospitalarios. Además se fijan los requisitos para el ejercicio de este derecho. Al obrar de este modo, aunque claramente inspirada por la jurisprudencia constitucional que ha abordado el asunto en sede de tutela (en especial la sentencia T-388 de 2009), la Circular No. 003 de 2013 universalizó y normativizó reglas jurisprudenciales que aunque tienen vocación de ser aplicables en casos futuros similares a aquellos en los que fueron proferidas, no pueden generalizarse de manera impersonal y abstracta, como sucede por efecto del instrumento utilizado, sin una cobertura legal adecuada. Máxime cuando, como ocurre en el caso *sub examine*, resulta discutible que las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2009 en relación con este asunto tengan el carácter *de ratio decidendi*, habida cuenta de la crasa falta de conexión del tema con los hechos particulares del caso. Otro es el panorama frente a la sentencia T-209 de 2008. En ella la controversia decidida sí involucra la objeción de conciencia presentada de manera individual pero masiva por los médicos de las instituciones que podían haber atendido a la menor de edad que había sido violada y resultó embarazada. No obstante, y aun si en gracia de discusión se admitiera que una regla de jurisprudencial puede ser objeto de universalización vía circular instructiva (como ocurre en el *sub iudice*), tampoco en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional razona ni fija como regla fundamental o *ratio* de la decisión la prohibición de la objeción de conciencia institucional. En consecuencia, al obrar de ese modo la Superintendencia desbordó sus competencias.”...».

Roberto Augusto Serrato Valdés (Aclara voto),
María Elizabeth García González (Aclara voto), Guillermo Vargas Ayala.

XXII. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Debe otorgársele la tarjeta de reservista de primera clase a la mujer cuando haya recibido instrucción en colegio militar

9 de diciembre de 2010

Radicación: 11001-03-24-2007-00161-00

...«Son dos los apartes del párrafo del artículo 51 de la Ley 48 de 1993, que el actor considera demandados, que la Sala estudiará separadamente:

1. La Expresión “varones”, que a juicio del actor, viola el derecho a la igualdad por razones de género al no otorgar a las mujeres que hayan realizado los mismos estudios, es decir las tres fases de instrucción, la tarjeta de reservista de primera clase.

La Ley 48 de 1993, sobre el servicio militar, dispuso:

“TÍTULO II.

DE LA SITUACIÓN MILITAR

CAPÍTULO I.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

ARTÍCULO 10. OBLIGACIÓN DE DEFINIR LA SITUACIÓN MILITAR. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller.

La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad.

PARÁGRAFO. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo

determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio”. (Resalta la Sala)

Mediante sentencia C-511 de 1994, Magistrado Ponente, doctor Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la anterior disposición, señaló:

“Aun cuando el parágrafo del artículo 10 no ha sido objeto de la demanda, se detiene la Corte para fijar el alcance de la expresión “varón” del inciso 1o. del precepto bajo examen y sus connotaciones con el fundamental derecho a la igualdad (artículo 13 de la C.P.). Se dispone allí que la mujer prestará el servicio militar “voluntario”, lo que le abre en condiciones ordinarias, a la libre participación en la actividad implícita en ese servicio, lo que no quiere decir, que se le libere, en la lógica del precepto, del cumplimiento “obligatorio” del mismo en determinadas condiciones, cuando “las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que atribuyan a la modernización y al desarrollo del país “...no importando la modalidad en que se preste el servicio, de acuerdo con el artículo 13 de la ley. **Esta distinción esencial hombre mujer, tiene relación adicional con cierta tradición de los oficios, que al presente, tiene por mejor habilitados a los varones para el desempeño de las labores de la guerra, y, consulta elementos culturales relacionados con la educación, especialmente física, de la mujer en nuestro medio, no resultando esta distinción violatoria de los deberes dispuestos de manera amplia en la Carta para la “persona” y “el ciudadano” (art. 95), si no, más bien un desarrollo legislativo que facilita su cumplimiento en las determinadas áreas objeto de la ley.** Por las mismas razones no puede resultar contraria la norma examinada a la igualdad de “derechos” y “oportunidades” a que se refiere el orden superior (artículo 43) por cuanto de los primeros no se ocupa directamente, y a las segundas las deja incólumes (inciso final art. 40 ibidem).

El artículo 30 de la Ley 48 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 30. TARJETA DE RESERVISTA. Tarjeta de reservista es el documento con el que se comprueba haber definido la situación militar. Este documento será expedido con carácter permanente por las Direcciones de Reclutamiento y Control Reservas de las respectivas Fuerzas para las tarjetas de reservista de primera clase.

La Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército expedirá todas las tarjetas de reservista de segunda clase, así como las tarjetas de reservista de primera clase para los miembros de la Policía Nacional.

PARÁGRAFO 1o. A las tarjetas tanto de primera como de segunda clase, se les asignará el número correspondiente al documento de identidad vigente.

PARÁGRAFO 2o. Las tarjetas expedidas con anterioridad a la presente Ley conservarán su número inicial hasta que sea solicitado el duplicado, al que se le asignará el número correspondiente al documento de identidad”.

Y el literal d) del artículo 50 de la Ley 48 de 1993, al que hace referencia la disposición, acusada dispone:

“ARTÍCULO 50. RESERVISTAS DE PRIMERA CLASE. Son reservistas de primera clase:

a. Los colombianos que presten el servicio militar obligatorio.

b. Los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, después de un (1) año lectivo.

c. Los colombianos que acrediten haber prestado servicio militar en Estados con los cuales Colombia tenga convenios al respecto.

d. Los alumnos de los colegios o institutos de enseñanza secundaria autorizados por el Ministerio de Defensa Nacional, que reciban la instrucción militar correspondiente.

e. Quienes hayan permanecido mínimo un (1) año lectivo en las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, hayan prestado el servicio militar obligatorio en esa institución, y a los agentes que hayan servido como tal por un tiempo superior a dos (2) años.

PARÁGRAFO. Cuando por fuerza mayor o caso fortuito, el servicio militar se preste por un período mínimo equivalente a la mitad del tiempo establecido legalmente, también se considera como reservista de primera clase”. (resalta la Sala)

Del texto de las normas citadas, se observa que la tarjeta de reservista es una constancia de haber definido su situación militar, la cual se exige a los hombres, mientras que para las mujeres, no podría tener dicha connotación puesto que no tienen la obligación de definir su situación militar, porque no les aplica el servicio militar obligatorio, sino voluntario.

Sin embargo, considera la Sala que no existe razón alguna para excluir a las mujeres de obtener este documento, en la medida en que para ellas es una constancia de la instrucción militar que reciben en los colegios militares en iguales condiciones que los hombres, luego la tarjeta de reservistas de primera clase, debe otorgarse tanto a unos como a otras.

Como bien lo señala el Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, los sujetos que se comparan se encuentran en la misma situación de hecho y no hay justificación para hacer la diferencia en la medida en que se trata de una constancia de estudios militares, que en los varones constituye un documento probatorio de la definición de su situación militar y para las mujeres, se repite, es la certificación de una formación militar, que desde luego no implica que en caso de confrontación o guerra deban estar obligadas a participar a la vanguardia pues, como ya se dijo, frente a ellas por regla general el servicio militar es voluntario y solo por excepción, en los casos ya señalados, resulta obligatorio...».

*Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

XXIII. PODER DE POLICÍA

RESTRICCIÓN A LA UBICACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE MUJERES PÚBLICAS

Las medidas preventivas y represivas de la prostitución que se dicten, deben respetar las garantías individuales, la seguridad del domicilio y los derechos a la propiedad y al debido proceso

6 de marzo de 1918

Radicación: CE-SCA-EXP1918-03-06

...«Pueden las Asambleas Departamentales, en ejercicio de la facultad para arreglar la policía local (artículo 54 del Acto 3 de 1910, ordinal 2º) y por motivos de moralidad y salubridad (artículo 44 de la Constitución), dictar medidas preventivas y represivas de la prostitución. Es entendido que tales medidas no pueden traspasar el límite dentro del cual obran las Asambleas en cuanto a la imposición de correcciones y castigos, y han de llevarse a cabo respetando las garantías individuales, y mediante trámites procesales que permitan oír a los acusados o indiciados, examinar las pruebas y contrapruebas, etc.

Cuando se expidió la Ordenanza 50 de 1914, de Antioquia, sobre policía, la facultad de las Asambleas para establecer penas se ejercía rectamente dentro de los límites señalados por el numeral 28 del artículo 97 del Código Político y Municipal. Dicha facultad se rige hoy por el artículo 5º de la Ley 71 de 1916.

El artículo 110 acusado por el demandante traspasa esos límites y es violatorio de las garantías individuales en cuanto confiere a la Policía poder discrecional para lanzar de las habitaciones a las mujeres que estime como públicas, sin formalidades ni trámites de ninguna clase, y por tiempo indefinido. No pueden entregarse así al arbitrio de un funcionario de Policía la libertad de las personas y la inviolabilidad del domicilio.

De manera que es fundada la demanda del Señor Marcelino Mejía R., en el concepto de que el artículo 110 quebranta las garantías sobre seguridad de las personas y de los domicilios, consagradas por los artículos 19, 23 y 26 de la Constitución y 235 del Código Político y Municipal.

Uno de los principios fundamentales de la organización constitucional es el de que nadie puede ser castigado sino por autoridad competente, a causa de hechos previamente definidos y mediante formas que amparen el derecho de defensa. (Artículo 26 citado).

Por tanto, las Asambleas Departamentales, al ejercer sus facultades en materia de policía dentro de la esfera que les está señalada, tienen el deber de definir los actos por los cuales; establecen sanción penal, determinar las autoridades que hayan de aplicarla en los casos particulares y fijar reglas procesales que garanticen ampliamente la defensa de los acusados.

Procede también advertir que los hechos castigados por las leyes no caen bajo la autoridad de las Asambleas, El Código Penal, Libro 2°, Título 2°, define y castiga los delitos contra la religión y el culto.

Cuanto al derecho de propiedad, que el demandante considera también atacado por el artículo 110 de la Ordenanza 50 de 1914, se advierte que la acusación es fundada en el sentido de que por la calificación de mujer pública que haga un funcionario de Policía, sin determinados elementos demostrativos y sin ritualidades protectoras de ninguna clase, se priva a una persona del goce de la habitación que le pertenezca en dominio, arriendo u otra forma legítima. El hecho solo de vivir es absolutamente inofensivo. Otros actos son los ilícitos o contrarios al derecho.

Conforme al artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910, nadie puede ser privado de su propiedad en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes. Es claro que en el caso de pena se requiere sentencia de autoridad competente, previos los trámites de un juicio.

El ejercicio del derecho de propiedad puede restringirse y regularse por motivos definidos en las leyes y por causas de seguridad, moralidad y salubridad (Constitución, artículo 44, Ley 153 de 1887, artículo 18); pero este poder de regulación y restricción lo ejercen las entidades públicas de manera limitada en la esfera de acción que les esté atribuida, respetando en todo caso los principios esenciales de orden jurídico y social consignados en la Constitución y en las leyes. Y es notorio que la medida decretada

por el artículo 110 de la Ordenanza 50, de lanzar de sus habitaciones a las llamadas mujeres públicas, no tiene el carácter de reguladora del ejercicio del derecho de propiedad. Privar a una persona del uso y tenencia de una cosa no es reglamentarle la propiedad de ella, ni restringírsela.

El artículo 110 establece pues una pena innominada e indefinida que puede aplicar en cualquier momento un funcionario de Policía, sin responsabilidad, desde luego que está a su libre criterio y a su caprichosa voluntad la calificación del hábito de mujer pública...»

*Isaías Castro V., Prospero Márquez C. (Con salvamento de voto),
Adriano Muñoz, Jesús Perilla V. (Con salvamento de voto), Luis F. Rosales.*

RESTRICCIÓN A LA UBICACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE MUJERES PÚBLICAS

La proximidad de las casas de prostitución a templos, establecimientos educativos e industriales, plazas de mercado y a lugares en los que se ocupan jóvenes honestas, ofrece gravísimos peligros, ofende la moral y pervierte las costumbres

25 de julio de 1921

Radicación: CE-SCA-EXP1921-07-25

...«Sostienen los demandantes que el artículo 37 acusado viola el derecho de propiedad y la libertad individual, garantizados especialmente por los artículos 5° del Acto legislativo número 3 de 1910 y 11) y 23 de la Constitución.

Basta tener en cuenta el texto de las disposiciones que se estiman violadas, y el espíritu que las informa, para llegar a la convicción de que el artículo acusado en nada, ni por aspecto alguno, las contraviene ni quebranta.

El artículo 5° del Acto legislativo número 3 de 1910 establece:

«En tiempo de paz nadie podrá ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena o apremio, o indemnización, o contribución general con arreglo a las leyes. Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación.»

La Constitución de 1886, en el Título 3° reconoce y consagra un cúmulo de derechos civiles y garantías a los asociados, y para obtener el debido reconocimiento de aquéllos y la efectividad de éstas, establece lo siguiente:

«Artículo 19. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos.

«Artículo 23. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y *por motivo previamente definido en las leyes*.

«En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas u obligaciones.»

Bien se sabe que uno de los elementos más importantes del orden social es la propiedad, la cual tiene su fundamento en la ley natural, pues la ley positiva no hace sino reconocer ese derecho y consignar las disposiciones necesarias para hacerlo efectivo.

Mas es preciso tener en cuenta que el derecho de propiedad no es absoluto, pues está sujeto a restricciones inspiradas en el interés público o fundadas en el derecho ajeno, ya se trate del individuo o de la comunidad.

Así, el citado artículo 5° del Acto de 1910, al propio tiempo que consagra y garantiza el derecho de propiedad, establece limitaciones a éste, toda vez que autoriza la enajenación forzosa, por graves motivos de utilidad pública, mediante mandamiento judicial y previa indemnización.

El derecho de propiedad, que es el más amplio y completo de los derechos reales, confiere al dueño la facultad de usar, de disfrutar y de disponer de una cosa, pero siempre que no viole la ley o el derecho ajeno, como lo dispone de modo expreso y terminante el Código Civil en su artículo 669.

Las restricciones que dicho Código establece al derecho de dominio se hallan especialmente en el capítulo relativo a las servidumbres legales.

Hay otras limitaciones al derecho de propiedad que son objeto del ramo de policía, y por tanto materia de las ordenanzas departamentales; en éstas se prohíbe, por ejemplo, tener dentro de las poblaciones fábricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias detonantes o fulminantes, que al inflamarse puedan causar daño a las casas vecinas. Asimismo se prohíben los establecimientos o fábricas que produzcan emanaciones deletéreas o que de cualquier otro modo perjudiquen la salubridad de la población.

También se dispone en el Código de Policía que los individuos atacados de determinadas enfermedades contagiosas sean colocados fuera de las poblaciones, en lugares destilados al efecto.

Si en estos casos la autoridad debe dictar disposiciones que, si bien pueden perjudicar a varias personas, tienen por objeto proteger los derechos

de los asociados, y si las ordenanzas, por motivo de seguridad e higiene, establecen restricciones al derecho de propiedad, es claro que tratándose de bienes de orden superior, como son los que se refieren a la moral, deben dictar prescripciones que eviten o repriman aquellos actos que, con el pretexto del ejercicio de una industria u oficio, ofenden y pervierten las costumbres.

La prohibición, pues, que impone la Ordenanza 60 a los dueños de locales que se encuentran en determinados sitios de no darlos para habitación de mujeres públicas, y la caución de buena conducta que a éstas se exige cuando ellas mismas son las propietarias, no violan en manera alguna el derecho de propiedad que consagra el citado artículo 5° del Acto de 1910, sino sólo establece restricciones impuestas por elevados motivos de moralidad pública. Por otra parte, como los mencionados dueños, según se ve, conservan su carácter legal de propietarios, en sus atributos y derechos, podrán libremente vender y gravar sus locales y destinarlos a todos los usos lícitos y permitidos que estimen convenientes.

Tampoco puede sostenerse que el artículo acusado es violatorio de la libertad de industria establecida en el Acto reformativo de 1918, que consigna el mismo principio del artículo 44 del Estatuto de 1886, pues debe tenerse en cuenta que el constituyente, al consagrar la libertad de industria, exigió como condición precisa y esencial que la ocupación que se abrace sea honesta, y confirió a las autoridades la facultad de inspeccionar las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

Siendo pues una cuestión clara y reconocida que la prostitución es esencialmente inmoral, lógicamente se deduce que este tráfico no puede constituir un derecho, ni puede quedar amparado por la garantía consignada en la disposición constitucional. El ejercicio de la prostitución no puede pues considerarse como libre sino como tolerado.

Ahora, si en las industrias que por su carácter son lícitas tiene la autoridad el derecho de inspeccionarlas, con mayor razón tratándose de ocupaciones que son por su naturaleza esencialmente perniciosas.

Además, el artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910 asigna a las Asambleas, entre otras atribuciones, la de dirigir y fomentar por medio de ordenanzas lo relativo a la policía local, y el artículo 97 de la Ley 4ª de

1913 establece que corresponde a esas corporaciones la reglamentación de la policía local, en todos sus ramos.

De acuerdo con esas disposiciones es pues evidente que las Asambleas tienen plenas facultades para dictar, por medio de ordenanzas, las medidas necesarias y convenientes en materia de moralidad pública.

Es un hecho manifiesto y patente que la proximidad de las casas de prostitución a los templos, planteles de educación, establecimientos industriales, en que se ocupan jóvenes honestas, y plazas de mercado, ofrece gravísimos peligros, ofende la moral y pervierte las costumbres.

De modo que la Asamblea de Antioquia, al disponer en el artículo acusado el alejamiento de las mujeres públicas de esos lugares, procedió en guarda de la moralidad pública y obró de acuerdo con autorizaciones claras y expresas de la Constitución y de la ley.

No puede sostenerse que al darse cumplimiento al artículo 37 se impone una pena sin ser oído ni vencido en juicio el responsable y sin llenar las formalidades correspondientes, pues debe tenerse presente que el artículo acusado sólo contiene una prohibición, y que sus contravenciones deben juzgarse y castigarse de conformidad con lo establecido en las respectivas ordenanzas de Antioquia en la parte que versa sobre «procedimiento por contravenciones y delitos de que conoce la Policía.»

El acto que se revisa no viola en forma alguna la libertad individual, porque teniendo ésta como límite el derecho ajeno, todas las inmunidades que la constituyen y las garantías que la protegen sólo llegan hasta donde acaba el uso legítimo, o sea hasta donde principia el abuso.

Si las entidades encargadas de reglamentar la policía local en todos sus ramos, no dictaran las disposiciones necesarias para evitar y reprimir todo lo que ataque y ofenda la moralidad pública, la sociedad quedaría sin protección ni garantías en sus intereses más importantes y sagrados.

Apareciendo de lo expuesto que el artículo acusado no viola disposición alguna, y que la Asamblea, al dictarlo, procedió de acuerdo con facultades conferidas en la Constitución y en la ley, se llega lógica y forzosamente a la conclusión de que la sentencia de primera instancia que lo declaró nulo carece de fundamento y debe, por tanto, revocarse...».

Arturo Campuzano Márquez, Ramón Rosales, Sixto A. Zerda, Sergio A. Burbano.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE POLICÍA

Potestad para prohibir que los menores circulen sin la compañía de sus padres o de un adulto responsable por vías, plazas, parques y lugares públicos o abiertos al público entre las 11 de la noche y las cinco de la mañana

9 de agosto de 1996

Radicación: CE-SEC1-EXP1996-N3139

...«[D]entro de la función constitucional de conservación y guarda del orden público, está la competencia reglamentaria constitucional de carácter subsidiario o supletivo en materia policiva, que en el orden nacional, de conformidad con el numeral 4 del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República; a nivel departamental (artículo 300 numeral 8 *ibídem*) le compete a las asambleas; y en el orden municipal; es atribución del Consejo y del alcalde, de conformidad con la ley, que en el caso del Distrito Capital de Santafé de Bogotá es mucho más clara por lo explícita, como adelante se verá.

También cabe concluir que los medios que pueden utilizar las autoridades administrativas de policía, son entre otros, los reglamentos (que como se dijo tienen carácter supletivo), los ordenes, los permisos, e.t.c., a los cuales se refiere el Código Nacional de Policía.

En tratándose de reglamentos, la doctrina tiene establecido que las limitaciones al poder de policía están dadas en función de las garantías de la persona humana, de los derechos del individuo y de la razonabilidad de la actividad policiva.

La razonabilidad del poder de policía apunta hacia la búsqueda de medios adecuados al fin que se persigue; es decir, que el poder de policía, a fin de lograr su cometido, debe emplear los medios más eficaces y aptos de que disponga, en modo que pueda conciliar el respeto máximo a los derechos de las personas y a la satisfacción de las necesidades comunes. La razonabilidad en la reglamentación, entonces, debe guiarse por la

adecuación al fin propuesto, la proporcionalidad entre el medio y el fin perseguido y su limitación, especialmente en el tiempo.

2. a. 2. Atribuciones del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá.

Al respecto que se tiene el inciso 2 del artículo 322 de la Constitución Política dispone que el régimen político, fiscal administrativo del Distrito en mención, será el que determine la Constitución las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Para la época de expedición del acto acusado la normatividad especial de que habla la Carta se encuentra contenida en el Decreto 1421 de 1993 “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”.

En los considerados del Decreto 415 de 1994 objeto de la acción se invocó, entre normas, el artículo 35 del precitado Decreto 1421 de 1993, el cual fue expedido en virtud de la facultades conferidas al Gobierno Nacional por el artículo transitorio 41 de la Constitución Política y respecto del cual ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de afirmar que el Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, dado que es el resultado del ejercicio de una facultad excepcionalmente conferida por el Constituyente al Gobierno, que normalmente corresponde al Congreso como legislador, teniéndose que el Decreto 1421, desde el punto de vista material y jerárquico, constituye un acto de naturaleza legislativa.

Procede, entonces, la Sala, a analizar el contenido del artículo 35 citado:

“Artículo 35. El alcalde mayor de Santafé de Bogotá es el jefe del gobierno y de la administración distrital y representa legal, judicial y extrajudicialmente al Distrito Capital.

“Como primera autoridad de policía en la ciudad, el alcalde mayor dictará, de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito, los reglamentos, impartirá las órdenes, adoptará las medidas y utilizará los medios de policía necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas”

Es evidente entonces que la norma transcrita faculta al Alcalde Mayor para dictar, de conformidad con la ley, los reglamentos, impartir las órdenes, adoptar las medidas y utilizar los medios de policía necesarios

para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y las libertades públicas.

Además, en la parte motiva del decreto se señala que los Códigos Nacional y Distrital de Policía y el Código del Menor autorizan el establecimiento de prohibiciones que garanticen y protejan a los menores adolescentes.

En efecto, los artículos 2º, 3º, 7º, y 99 del Código Nacional de Policía señalan, en su orden, que a la policía le compete la conservación del orden público interno, el cual resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas; que la reglamentación de la libertad corresponde a la ley y a los reglamentos; que podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto o de modo que trascienda de lo privado; y que los reglamentos puedan estatuir limitaciones al ejercicio de la libertad de locomoción, en cuanto a tránsito terrestre de vehículos y peatones, para garantizar la seguridad y la salubridad públicas.

A más del Decreto 1421 de 1993, que, como ya se dijo, tiene naturaleza legislativa y del Código Nacional de Policía, existen otras leyes que permiten al Alcalde adoptar medidas de policía en relación con el orden público, tales como la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, la cual por mandato del artículo 327 de la Carta, se aplica al Distrito Capital en un tercer orden jerárquico normativo. Esta ley en su artículo 91 prescribe:

“Artículo 91. Funciones Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o Gobernador respectivo.

A)...

B) *En relación con el orden público:*

1...

2. *Dictar para el mantenimiento del orden público o su restablecimiento de conformidad con la ley, si fuera del caso, medidas tales como:*

a) *Restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos.*

b)...

c) *Restringir o prohibir el expendio y consumo de bebidas embriagantes...”.*

Por su parte, el Decretoley 2737 de 1989, contenido del Código del Menor, en el inciso 2 de su artículo 8º, establece que el menor en la calle será sujeto prioritario de la especial atención del Estado, con el fin de brindarle una protección adecuada a su situación.

A su turno, el artículo 30 *ibídem* señala, entre otras, como situaciones irregulares en las que pueda hallarse un menor, la de encontrarse en situación de abandono o de peligro y la de encontrarse en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

De igual manera, el artículo 32 *ibídem* prescribe que las autoridades de policía deberán tomar de inmediato las medidas necesarias para la protección de los menores que se encuentren en situación de peligro o abandono.

Ahora bien, como las facultades conferidas al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá para dictar reglamentos, adoptar medidas y utilizar los medios de policía necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas, están sometidas también al Código de Policía del Distrito (artículo 35 inciso 2 Decreto 1421 de 1993), y dado que las demandas no aducen violación al mismo, ni tal ordenamiento policivo ha sido aportado al proceso (artículo 141 C.C.A.), no es posible la confrontación con éste.

2.a.3. Examen del acto impugnado.

Pasando ya el examen del decreto demandado, se observa, sin lugar a dudas, que el acto acusado es un reglamento (medio para ejercer el poder de policía) que contiene disposiciones tendientes a la protección de los derechos de los menores, tal y como lo señalan los artículos 44 y 45 de la Carta Política, normas también fundamento del Decreto 415 de 1994, las cuales señalan como derechos fundamentales de los niños, entre otros, los de la vida, la integridad física y la Salud, así como la obligación de protegerlos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, abuso sexual, e.t.c.

Dentro de los considerados del acto demandado se expone el riesgo que corren los menores en su vida e integridad física y moral en razón de las pandillas y organizaciones criminales; se dice igualmente que la prostitución infantil demuestra estados de abandono y situaciones de peligro que hay que prevenir; y que la venta de bebidas embriagantes a menores lesiona su salud y viola lo dispuesto en los artículos 323 del Decreto 3787 de 1989 y 1º de la Ley 124.

Nadie pone en dudas y antes bien por el contrario, es un hecho notorio la inseguridad que reina en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

El decreto acusado en su artículo 1° prohíbe que los menores circulen sin la compañía de sus padres o de un adulto responsable por vías, plazas, parques y lugares públicos o abiertos al público entre las 11 de la noche y las cinco de la mañana, lo cual si bien es cierto constituye una limitación al derecho de locomoción, no lo menos que su finalidad es la protección de los menores, dado el alto índice de criminalidad que registra la capital de la República en el citado horario, lo cual es del dominio público.

Los demandantes afirman que so pretexto de garantizar el derecho a la vida no les puede ser cercenado a los menores los derechos de libertad y locomoción, pues uno y otros son derechos fundamentales y por lo tanto no pueden hablarse de jerarquía entre los mismos.

Al respecto, la Sala afirma que no se discute en manera alguna que tanto el derecho a la vida como el de la libertad y locomoción son derechos fundamentales, pero lo cierto es que si no hay vida no hay lugar a dar aplicación a ningún otro derecho, sea o no fundamental, vr. gr., el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, e.t.c. En consecuencia, no tiene sentido hablar de protección al derecho a la vida, cuando por otro lado se están permitiendo conductas que atentan fundamentalmente contra dicho derecho, como sería el permitir que los menores circulen en el horario a que se contrae el acto sin la compañía de una persona responsable. En consecuencia es indiscutible que ante un posible conflicto entre los derechos fundamentales de la vida y el de locomoción, el segundo deberá ceder ante el primero.

Además, no es lógico que a una autoridad, de una parte, se le imponga una obligación, en este caso la de la prevención y eliminación de las perturbaciones del orden público, y de otra, se le impida hacer uso de los medios adecuados para cumplir con ella. Por tal razón, el alcalde de Santafé de Bogotá puede dictar, dentro del marco de las normas superiores a que se ha hecho referencia (Constitución Política, Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá, Código del Menor, Código Nacional de Policía, Ley 136 de 1994), los actos necesarios para reglamentar el ejercicio de la libertad de locomoción en ciertas horas de la noche, en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público.

Se plantea en el presente caso por parte de los demandantes que la restricción impuesta desconoce el núcleo esencial del derecho fundamental de locomoción.

Sobre el particular, la Sala estima que tal afirmación no es cierta y por el contrario la decisión adoptada en el Decreto 415 de 1994 lo preserva en tanto procura, en tratándose de los menores de 16 años, dada su fragilidad frente las circunstancias ya descritas, se ejerza con el menor riesgo posible, con lo cual atiende el espíritu de la Constitución Política, particularmente el contenido de su artículo 44, en la medida en que protege otros derechos de los menores, esto es, su vida, su integridad física, su salud, y los protege contra el abandono, la violencia física o moral y el abuso sexual, motivos todos invocados en el acto demandado.

En consideración a las especiales condiciones que rodean a los menores, el Constituyente de 1991 dispuso que la familia, la sociedad y el Estado velarán por el ejercicio pleno de sus derechos, consagrando la prevalencia de estos sobre los demás. Lo anterior, lleva a concluir que la limitación impuesta no debe ser analizada solamente como tal sino además con una medida tendiente a proteger a los menores de las diversas situaciones de riesgo a las cuales se ven expuestos al circular sin la compañía de sus padres o de un adulto responsable entre las 11 de la noche y las cinco de la mañana, en una ciudad tan caótica e insegura como lo es Santafé de Bogotá.

Finalmente en el presente cargo resta analizar la pretendida violación del artículo 152 del literal a) de la Carta Política, que prevé que los derechos fundamentales se regularán mediante una ley estatutaria, y sobre el cual el a quo no hizo pronunciamiento alguno.

Al respecto, dado que para la fecha de la decisión cuestionada, y aún para la presente sentencia, no ha sido proferida la ley estatutaria que regule lo concerniente al derecho de locomoción, la Sala considera que las normas a las cuales se hizo referencia al estudiar el cargo de incompetencia del Alcalde pueden servir de fundamento del acto acusado, pues la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, por si sola, no deroga las disposiciones vigentes, ya que en la medida en que éstas no les sean contrarias (como en el caso sub lite) y hasta tanto no se expida la correspondiente ley estatutaria, las leyes preexistentes podrán seguir siendo aplicadas, pues de no ser así, se produciría un vacío legal que haría inaplicable la nueva Constitución mientras se dicta la nueva ley prevista en ella.

Además, la Corte constitucional en sentencias C013 de 7 de julio de 1994 y C566 de 2 de diciembre de 1993 ha dejado por sentado que la reserva de la ley estatutaria es restrictiva y excepcional en materia de derechos fundamentales, de modo que no toda regulación atinente a ellos deba ser por ley estatutaria.

Se concluye entonces, que la medida cuestionada encuentra en perfecta consonancia con la filosofía eminentemente protectora que sobre los menores y adolescentes ha trazado la Constitución Política de 1991 y que el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá tenía la competencia para dictarla. Es decir, no sólo se ajusta al principio de la legalidad en cuanto se desenvuelve dentro del campo que la ley atribuye a las autoridades administrativas para el ejercicio de sus funciones en materia de orden público, sino que se avienen a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, límite, como ya se indicó, del poder de policía.

Esa razonabilidad se advierte en la función protectora de la medida adoptada, fin esencial de la misma; en que no existe propiamente una limitación a la libertad de circulación en cuanto los menores de dieciséis años pueden circular por las calles de la ciudad en horas de la noche, acompañados de familiares o personas mayores, capaces de brindar protección a dichos menores; en la transitoriedad de las medidas, circunscrita o limitada a las horas de mayor peligro; en que no se consagra una contravención que merezca sanción, pues el menor sólo será conducido, en primer lugar, a su casa de habitación o al sitio a donde se dirija y subsidiariamente, a un centro transitorio de protección infantil, conducción que no implica “detención” ni “retención administrativa”; y en que, en fin, la norma compatibiliza la libertad de locomoción de los menores, con los demás derechos que la constitución confiere a los niños, entre ellos, el cuidado y la protección contra toda forma de abandono...»

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Juan Alberto Polo Figueroa,
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE POLICÍA

Prohibición de consumir estupefacientes y sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques

13 de marzo de 2014

Radicación: 73001-23-33-000-2012-00122-01

...«El actor considera que la Asamblea Departamental no tenía competencia para expedir disposiciones que son objeto de reserva legal, porque establecen prohibiciones, y solicita que, suponiendo que no tienen reserva legal, por tratarse de medidas desproporcionadas, debe declararse su nulidad.

Lo primero que advierte la Sala es que las normas acusadas no prohíben la dosis personal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas o tóxicas, **sino su consumo en los lugares que señala el artículo 186, numeral 3°, de la Ordenanza núm. 021 de 2003, entre ellos, las vías públicas y parques.**

En relación con la inconstitucionalidad planteada por el recurrente, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

Según el actor, existe falta de competencia de la Asamblea Departamental del Tolima para expedir la prohibición contemplada en el artículo 186, numeral 3.6, en cuanto prohíbe el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques, porque dicha prohibición es reserva de Ley, y no se ha expedido ningún texto legal que condicione el literal j) del artículo 2° de la Ley 30 de 1986 ni el texto del Decreto Ley 1355 de 1970.

Debe la Sala resaltar que el consumo permitido de la dosis personal de estupefacientes, no es un derecho fundamental, como lo considera el actor, sino el reconocimiento de una situación personal, en respeto precisamente del precepto Constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad, el cual, tiene las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

La Ley 16 de 1968, confirió facultades al Presidente de la República, entre otras, para expedir normas sobre policía que determinen y reglamenten las materias de su competencia y las contravenciones que sean de conocimiento de los funcionarios de policía en primera y segunda instancia, así como la competencia para conocer de los negocios que se relacionen con los inadaptados a la vida social.

En ejercicio de dichas facultades se expidió el Decreto Ley 1355 de 1970 – Código Nacional de Policía, en el cual se establecieron las normas sobre policía, que tienen como fin principal mantener el orden público y proteger los derechos y garantías de las personas que habitan el territorio nacional, cuyo artículo 7° dispuso:

“Podrá reglamentarse el ejercicio de la libertad en cuanto se desarrolle en lugar público o abierto al público o de modo que trascienda lo privado”.

En desarrollo del mencionado artículo 7° del Código Nacional de Policía, el Presidente de la República expidió el Decreto 1108 de 1994, *Por el cual se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*”, cuyo Capítulo IV, artículo 16, dispone:

“CAPITULO IV

EN RELACION CON EL CODIGO NACIONAL DE POLICIA

Artículo 16. Se prohíbe el uso y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en lugares públicos o abiertos al público, de conformidad con el Decreto 1355 de 1970, “por el cual se dictan normas sobre policía” y demás normas que lo complementan.

Para los efectos del presente artículo se entiende por lugar público o abierto al público, entre otros, los centros educacionales, asistenciales, culturales, recreativos, vacacionales, deportivos, lugares donde se celebren espectáculos o diversiones públicas o actividades similares, las naves, aeronaves y cualquier vehículo de transporte público, las oficinas públicas, los restaurantes, bares, tabernas, discotecas, hoteles, parques, plazas y vías públicas. (Resalta la Sala)

Parágrafo. *En todo caso y con independencia del lugar donde se realice la conducta, se prohíbe el consumo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuando dicha actividad se realice en presencia de menores, mujeres embarazadas o en período de lactancia, o cuando se afecten derechos de terceros”.*

Así las cosas, como lo explicó el a quo, la prohibición consagrada en el artículo 186, numeral 3.6, de la Ordenanza 021 de 2003, es desarrollo de la

norma superior: Decreto Reglamentario 1108 de 31 de mayo de 1994, que no obstante estar demandado parcialmente ante esta Corporación, no ha sido anulado o suspendido, por lo que goza de presunción de legalidad.

Como bien lo expresó el a quo, la Ordenanza acusada responde a la necesidad de mantener el orden justo dentro de la sociedad, y no a una restricción de la libertad. Establece reglas de comportamiento de carácter preventivo, que resultan lógicas frente a personas que en determinado momento pueden constituirse en riesgo para otras, al encontrarse bajo la influencia de sustancias que alteran el sistema nervioso y la conciencia.

A juicio de la Sala, prohibir el consumo de sustancias sicotrópicas en vías públicas y parques no resulta desproporcionado. Se trata de medidas preventivas que contribuyen al bienestar y seguridad general, al orden público, la salud y a la protección de los derechos y libertades de las personas.

Si bien es cierto que la despenalización de consumir o portar dosis personal de drogas fue inspirada en el respeto por el libre desarrollo de la personalidad, este derecho también lo tienen las demás personas no consumidoras que buscan los parques para recrearse y respirar aire puro y las vías públicas para transitar con un mínimo de tranquilidad.

Y tan cierto es que resulta lógica la medida controvertida en los parques y vías públicas, que la Corte Constitucional en sentencia de 28 de junio de 2012 (Expediente núm. D-8842), salvaguarda las medidas penales para garantizar la **SEGURIDAD CIUDADANA** al precisar la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal, cuando el porte o la conservación recae sobre sustancia estupefaciente sicotrópica o droga sintética **aún en la categoría de dosis personal no destinada al propio consumo**, sino a la comercialización, tráfico y distribución gratuita y, precisamente, el consumo en parques y vías públicas facilita la comercialización y el tráfico, y tiene la potencialidad de afectar la seguridad ciudadana...».

*Guillermo Vargas Ayala (Salva Voto), María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

COMPETENCIA CONCURRENTE DE REGULACIÓN NORMATIVA

El Constituyente defirió en las entidades territoriales una competencia concurrente de regulación normativa en materia de poder de policía, la cual las habilita para expedir Códigos de Policía, en todos aquellos aspectos que no tengan reserva de ley

22 de septiembre de 2016

Radicación: 11001-03-24-000-2002-00417-01

(acumulado 11001-03-15-000-2003-01000-01)

...«2.- Las competencias concurrentes de regulación normativa del nivel Nacional y las instancias departamental, municipal y distrital en materia de poder de Policía. (...)

Sea lo primero aclarar que el entendimiento que los demandantes dan al artículo 150, numerales 2° y 10 C.P. es incorrecto pues el alcance de esta norma no es el que pretenden conferirle. Todo cuanto hace es facultar al Legislativo para expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones, y prohibir que el Ejecutivo por la vía de la habilitación legislativa conferida mediante facultades extraordinarias pueda expedir los Códigos cuya expedición fuere competencia del Congreso de la República.

Puesto que el citado precepto constitucional nada dispuso acerca del reparto de competencias entre los distintos niveles territoriales en materia de poder de Policía, previo al examen de las acusaciones formuladas, la Sala considera pertinente acometer este análisis a partir de una interpretación sistemática y axiológica de las disposiciones constitucionales con particular referencia a los postulados que orientan y articulan de una parte, el componente unitario de la República, y la autonomía que la misma Constitución Política reconoce y proclama para sus entidades territoriales, de la otra.

Así pues, se impone hacer unas someras reflexiones en torno a las competencias que, en lo atinente al poder de Policía, distribuye la Constitución Política de 1991 entre el nivel central y las instancias departamental y municipal.

Tales competencias deben ser enmarcadas además en los principios rectores que la Constitución de 1991 consagra en materia de estructuración político-administrativa del Estado y de distribución territorial de poderes entre este y las entidades territoriales que lo integran, con especial énfasis en la autonomía que reconoce a favor de las entidades territoriales.

Así, por un lado, la Constitución Política, defiere en el órgano legislativo del poder central una competencia de regulación normativa por la vía general.

En efecto, sus disposiciones preceptúan:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones...

2. Expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones...”

Por otro lado, los artículos 300 y 313 de la Constitución, concordantes con el artículo 1°. Ídem que organiza el Estado en forma de “*República unitaria, descentralizada, con autonomía de las entidades territoriales*” confieren en esta materia a las corporaciones públicas de elección popular de los ámbitos departamental y municipal una competencia normativa complementaria que, desde luego ha de ejercerse con sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley. (...)

Así, según la Constitución, a las asambleas departamentales mediante ordenanzas les corresponde «dictar normas de Policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal» -art. 300-8-, **con lo cual se les confirió poder de Policía complementario al de la ley.**

A los Concejos municipales también se les confirió un poder de Policía complementario, en especial, respecto de la regulación del uso del suelo (CP Art 313 ord 8º) y el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (CP Art 313 ord 9º) y la defensa del pón deón .

Sobre este aspecto, deben recordarse los siguientes parámetros que la Carta consagra:

a) La autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses se enmarca dentro de los contornos que a ella **fijen la Constitución y la ley** (artículo 287).

b) Conforme lo dispone el artículo 288 ibídem, corresponde a la ley establecer los términos en los que, de acuerdo a los **principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad**, los distintos niveles territoriales ejercerán las competencias que les son atribuidas por la Constitución.

Una interpretación teleológica y sistemática de los anteriores principios constitucionales conduce a esta Sala a afirmar que en el campo del poder de Policía el Constituyente instituyó una **competencia concurrente** de regulación normativa en cabeza de los niveles central, regional y local, que por su alcance y radio de acción puede caracterizarse así:

a) A la **ley** le compete establecer por vía general la regulación **jurídica que plasma el poder de Policía** (Art. 150 C.N.). y, de modo exclusivo y excluyente, le compete imponer sanciones y procedimientos punitivos. Este último aspecto será materia de análisis detallado, más adelante, en el acápite subtulado “la reserva de ley en materia de limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales.”

b) Es propio de los departamentos y municipios **desarrollar por la vía de la competencia de regulación normativa complementar la preceptiva legal y adecuarla a las particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial, observando al efecto las restricciones en punto a la limitación o restricción de las libertades fundamentales y a las materias conexas sujetas a ley estatutaria**, y desde luego, observar los límites al ejercicio del poder de Policía. (...)

En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad de regulación normativa correspondiente al poder de Policía para dar concreción y especificidad a la normación legal en todos aquellos aspectos que conciernan a las necesidades locales, de modo que dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente atención de las necesidades y requerimientos locales.

Tales competencias concurrentes de regulación normativa constituyen nítida expresión de la articulación de los dos niveles a partir de los cuales

se organiza el Estado. En efecto, de una parte la ley a través de su capacidad reguladora realiza la unidad jurídico-política de la República al fijar las condiciones aplicables por igual en todo el territorio Nacional, sin que al hacerlo, desde luego, le sea dable cercenar o desconocer la facultad decisoria de que gozan las instancias regional y local, vale decir, la autonomía para la gestión de sus propios intereses. Por la otra, las autoridades de los niveles departamental y municipal, al ejercer una competencia de regulación normativa complementaria y de desarrollo de la ley, singularizan y adaptan ese contenido normativo a las particulares condiciones de la unidad territorial, con lo cual expresan la diversidad, que de otro lado, se busca satisfacer con esta estructura institucional.

Las restricciones al ejercicio del poder de Policía por parte de las corporaciones plurales representativas del orden territorial.

La reserva de ley en materia de limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales según la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En jurisprudencia reiterada la Corte Constitucional ha puesto de presente que en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (art. 1, C.P.) y en la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5, C.P.), en el cual el principio constitucional de legalidad indica que los particulares únicamente son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución Política y las leyes de la República (art. 6, C.P.), y en el que todas las personas son titulares del derecho fundamental al debido proceso, conforme al cual nadie podrá ser juzgado sino de conformidad con leyes preexistentes al acto que se le imputa (art. 29, C.P.), únicamente el Congreso de la República, en tanto órgano representativo y democrático por excelencia, puede establecer limitaciones al ejercicio de los derechos constitucionales, mediante la adopción de normas generales de Policía destinadas a preservar el orden público. En efecto, la incidencia de las regulaciones policivas sobre los derechos y las libertades de los asociados hace que sea el Congreso de la República el llamado a expedirlas como regla general, principalmente por su carácter democrático y representativo. (...)

Tal como se precisó en la sentencia C-825 de 2004, *“el poder de Policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal, con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen”*; en tal medida, se señaló en la misma providencia que *“esta facultad que permite limitar en general el ámbito de*

las libertades públicas en su relación con estos términos, generalmente se encuentra en cabeza del Congreso, quien debe ejercerla obviamente dentro de los límites de la Constitución. Excepcionalmente, también en los términos de la Carta, ciertas autoridades administrativas pueden ejercer un poder de Policía subsidiario o residual, como en el caso de la competencia de las asambleas departamentales o de los Concejos municipales y distritales para expedir disposiciones complementarias a las previstas en la ley”.

En este sentido, ha explicado la jurisprudencia constitucional que el orden público, entendido como el conjunto de condiciones que garantizan la plena vigencia de la dignidad humana y los derechos fundamentales, opera como el marco general dentro del cual ha de ejercerse el poder de Policía; así, en la sentencia C-825 de 2004, dijo la Corte: “el orden público debe ser entendido como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos. Este marco constituye el fundamento y el límite del poder de Policía, que es el llamado a mantener el orden público, pero en beneficio del goce pleno de los derechos. En ese sentido, la preservación del orden público no puede lograrse mediante la supresión o restricción desproporcionada de las libertades públicas, puesto que el desafío de la democracia es permitir el más amplio y vigoroso ejercicio de las libertades ciudadanas.” (...)

En esta misma línea de pensamiento se ha pronunciado esta Sección entre otras, en la ya citada sentencia de 5 de marzo de 2015 (C.P. Dra. Ma. Claudia Rojas Lasso) en la que con fundamento en las anteriores citas jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, sostuvo que:

“...no se puede arribar a una conclusión distinta a la de considerar que las limitaciones o restricciones a derechos constitucionales, corresponde de manera exclusiva al Congreso de la República mediante el ejercicio de su cláusula general de competencia. El ejercicio del poder de Policía subsidiario o residual sólo está reconocido a las autoridades administrativas Nacionales y territoriales, en la medida en que no invada la competencia exclusiva del legislador, es decir, cuando no restringe derechos fundamentales constitucionales” (Resalta la Sala)

El alcance de las competencias concurrentes de regulación normativa de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, y los límites constitucionales de imperativa observancia.

En sentencia C-593 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), con ocasión de una demanda interpuesta por uno de los ciudadanos aquí

demandantes contra la expresión **“o en el reglamento”** contenida en el artículo 226 del Código Nacional de Policía que declaró inexecutable, la Corte Constitucional abordó el interrogante atinente a cuál es el ámbito propio del poder de Policía que detentan las Asambleas y los Concejos en esta materia.

Al efecto consideró que cuando la Carta Política autoriza a las Asambleas Departamentales para establecer normas de Policía en “aquello que no sea materia de disposición legal”, no está facultando a estas corporaciones, en lo que respecta a la limitación o restricción de derechos constitucionales, para (i) reglamentar aquellos asuntos que no han sido regulados en absoluto por el Legislador, ni para (ii) reglamentar lo que el Legislador ha regulado sólo parcialmente en aquellos ámbitos no regulados por éste; consideró que cualquiera de estas dos interpretaciones, implicaría desconocer la reserva estricta de ley que pesa sobre cualquier limitación o restricción normativa del ejercicio de los derechos fundamentales.

La Corte consideró, a la luz de la jurisprudencia citada, que la cláusula constitucional en comento debe interpretarse como una autorización para que las Asambleas dicten reglamentos de Policía en aquellos temas que no están sujetos a una reserva legal.

Ello comprende, por ejemplo, los aspectos que son necesarios para responder a las especificidades departamentales, distritales o municipales, sin establecer limitaciones o restricciones adicionales a los derechos de los ciudadanos que no hayan sido previstas o autorizadas con anterioridad por el Legislador Nacional, y con pleno respeto por las normas legales y constitucionales pertinentes. Esto significa que corresponde al Congreso de la República dictar (a) las bases que deben respetar las Asambleas al momento de dictar ordenanzas en materia de Policía, (b) los ámbitos de acción dentro de los cuales las Asambleas pueden ejercer su facultad normativa, así como los parámetros que deben observar, y (c) las prohibiciones a las que están sujetas las Asambleas en ejercicio de dicha facultad. No pueden las Asambleas Departamentales, en consecuencia, dictar normas de Policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el Legislador Nacional, dado que las medidas correctivas de Policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales.

Igualmente, las atribuciones constitucionales de los Concejos Municipales en materia de Policía –es decir, las facultades de (i) “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las

actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda” (art. 313-7, C.P.) y (ii) “dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio” (art. 313-9, C.P.)- han de ser interpretadas como una autorización constitucional para establecer las normas necesarias para responder en estos dos ámbitos específicos a las particularidades y necesidades concretas de sus respectivos municipios, y no como una potestad autónoma para establecer sanciones policivas, que no han sido previstas por el Congreso de la República.

Aunque no se remite a duda que la competencia de regulación normativa de las autoridades locales en materia de poder de Policía comprende los asuntos no sujetos a reserva legal, sin embargo en tratándose inclusive de la restricción de los derechos y libertades fundamentales, salvo en lo que respecta a la imposición de sanciones y a los procedimientos punitivos que son del resorte exclusivo y excluyente del Legislador, la Sala considera de la mayor importancia hacer las siguientes precisiones:

La reserva legal no puede desconocer ni restringir las competencias concurrentes de regulación normativa que en desarrollo de la autonomía de las entidades territoriales el Constituyente confirió a las corporaciones de elección popular en las cuales radicó expresa y específicamente la atribución de dictar normas generales y abstractas en todos aquellos aspectos que requiera la atención de las necesidades locales, con la salvedad de no poder imponer restricciones o limitaciones a las libertades o derechos fundamentales que se relacionen con sanciones o con procedimientos punitivos no previstos por el legislador.

En este sentido, la Sala considera que la tesis de la Corte Constitucional debe interpretarse con los principios constitucionales que aseguran la autonomía de las entidades territoriales, de modo que la reserva de ley en materia de restricción de libertades fundamentales en modo alguno puede conllevar a un vaciamiento de las competencias de regulación normativa de las autoridades locales, inclusive en aspectos atinentes a las libertades públicas, pues inclusive estas requieren ser reguladas atendiendo las particularidades que dicte la especificidad de las necesidades locales, lo que en cada caso, obliga a considerar el contexto en el que se enmarca su regulación.

Como se indicó anteriormente, las Asambleas Departamentales fueron investidas por el artículo 300-8 de la Carta, de una facultad en virtud del

cual les corresponde **“dictar normas de Policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”**.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en la ya citada consulta de 20 de mayo de 2010 analizó *in extenso* esta temática, (...)

Particularmente relevante resulta señalar que con fundamento en estos derroteros la Sección, en numerosos pronunciamientos, ha anulado disposiciones del Código de Policía de Bogotá que han impuesto sanciones o procedimientos punitivos no previstos por el Legislador y que por tal razón excedieron la reserva legal.

Así, en la ya citada sentencia de 24 de septiembre de 2015 anuló los artículos 174 y 177 numeral 6, parcialmente los artículos 173 y 183 parágrafo segundo y condicionar la validez del artículo 170 parágrafo y del 177 inciso primero del Acuerdo 79 del 14 de enero de 2003, *“Por el cual se expide el Código de Policía de Bogotá D.C.”*, por establecer, en síntesis, una serie de contravenciones de Policía no autorizadas por la Ley, ni establecidas por el legislador Nacional.

El Nuevo Código Nacional de Policía.

Interesa a los efectos de este fallo señalar que muy recientemente el Presidente de la República sancionó la Ley 1801 de 2016, mediante la cual el Congreso de la República expidió el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, cuyo proceso de gestación tomó más de 15 años. La Corte Constitucional en sentencia C-720 de 2007 había exhortado al Congreso, dada la urgencia imperiosa de actualizar la normativa contenida en el Decreto de 1970

Ahora bien: a los efectos del interrogante que ha sido dilucidado en este fallo, importa señalar que sigue el enfoque que jurisprudencialmente se ha acuñado al reconocer en el artículo 238 a las entidades territoriales una competencia regulación normativa complementaria. (...)

El cargo que alega violación de los artículos 152 y 153 Constitucionales, por estar sujetas las materias objeto de regulación en el Código de Policía a la reserva de ley estatutaria

De otra parte, a los efectos de la decisión por adoptarse en este fallo resulta asimismo relevante, tener en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ocasión de consulta formulada por el Ministro del Interior

acerca de si la reforma al Decreto 1355 de 1970 debía rituarse como ley estatutaria, en concepto de 4 de octubre de 2007 (C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo) tuvo oportunidad de precisar que la reforma del Código Nacional de Policía no está sometido a reserva de ley estatutaria, pues corresponde al ámbito de la ley ordinaria. (...)

Conclusiones:

En cuanto al cargo que alega invasión de la órbita exclusiva de competencia del Congreso, en materia de expedición de Códigos

Como quedó visto, el Concejo del Distrito Capital sí tiene competencia para expedir el Código de Policía de Bogotá, desde luego, con estricto respeto por el marco dispuesto en las normas constitucionales y legales, con un alcance circunscrito tanto en lo territorial como en lo material, a aquellas materias que no están sometidas a reserva legal, siempre y cuando, además, no se ocupe de restringir o limitar las libertades o derechos fundamentales en aspectos que no han sido limitados por el legislador y, en todo caso, sin exceder el ámbito de limitación o restricción que este haya establecido. Queda, pues desvirtuada la alegada violación de los artículos 2, 3, 4, 150, numerales 2º y 10, y 300, numeral 8, de la Constitución Política.

En cuanto al cargo que alega violación de los artículos 152 y 153 Constitucionales, pues según se afirma, los temas que son materia de regulación en el Código de Policía del Distrito Capital de Bogotá se sujetan a ley estatutaria, por restringir los derechos y libertades públicas.

Este cargo resulta a todas luces infundado, pues como quedó expuesto y se reitera, no toda regulación legal de los derechos fundamentales tiene naturaleza de ley estatutaria, sino sólo aquella que de alguna manera toca su núcleo esencial, entendido éste como “*el conjunto de atribuciones y potestades sin las cuales el derecho no sería reconocido, o mediante la cual se regula en forma ‘íntegra, estructural o completa’ el derecho correspondiente*”.

En resumen, los cargos no prosperan y por ello se han de negar las pretensiones de las demandas...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala.*

XXIV. POLICÍA NACIONAL

Uso igualitario de bigote

16 de octubre de 2014

Radicación: 11001-03-24-000-2008-00151-00

...«El artículo 13 de la Constitución Política prevé el derecho a la igualdad y dispone que *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*.

Sin embargo, el derecho a la igualdad no es absoluto, pues existen situaciones en las que los tratos diferenciados se encuentran justificados, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en el siguiente aparte de la sentencia T-230 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz):

“...el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.”

Aunado a lo anterior, esa misma Corporación ha establecido que el derecho a la igualdad se quebranta cuando el tratamiento desigual es arbitrario o cuando no responde valorativamente a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En suma todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir el mismo trato por parte de las autoridades, aunque en ocasiones es posible que reciban un trato desigual, siempre que éste no esté fundado

en la arbitrariedad, o esté justificado objetiva y suficientemente en el cumplimiento o desarrollo de un principio, valor o fin constitucional.

2. Marco Normativo que Regula el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad

La Constitución Política consagra en el artículo 16 el derecho al libre desarrollo de la personalidad señalando que *“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.”*

Este derecho hace referencia a la facultad que tiene la persona de escoger lo que más le convenga para desarrollar su vida, es decir, constituye la esencia de la libertad misma. No obstante, dicha libertad encuentra límites en el respeto a los derechos ajenos.

3. Caso Concreto

El actor solicita declarar nulo un aparte del numeral 9° del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto), pues considera que contraría los artículos 13 y 16 de la Constitución Política, infringiendo los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad entre los miembros de la Policía Nacional, debido a que sólo permite el uso de bigote para Oficiales, desde el grado de Capitán, y Suboficiales y personal del Nivel Ejecutivo, a partir de Sargento Segundo o Intendente respectivamente.

Bajo el anterior contexto, es menester destacar que el tenor literal de la disposición acusada señala:

“Artículo 4°. Prohibiciones. Se prohíbe al personal de la Policía Nacional: (...)

9. Usar barba, patillas exageradas, cabello largo o corte irreglamentario. Únicamente podrán usar bigote los oficiales desde el grado de capitán, los suboficiales y personal del Nivel Ejecutivo a partir de sargento segundo o intendente respectivamente.” (Se subraya)

En suma, se advierte que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto), en la Policía Nacional sólo se permite el uso de bigote a Oficiales, desde el grado de Capitán, y a Suboficiales y personal del Nivel Ejecutivo, a partir del grado de Sargento Segundo o Intendente, según sea el caso.

Al efecto, debe destacarse que el artículo 3° del Decreto Ley 41 de 1994 fija los grados de organización jerárquica que existen en la Policía Nacional así:

1. OFICIALES	Oficiales Generales	General
		Mayor General
		Brigadier General
	Oficiales Superiores	Coronel
		Teniente Coronel
		Mayor
	Oficiales Subalternos	Capitán
		Teniente
		Subteniente
2. SUBOFICIALES	Sargento Mayor	
	Sargento Primero	
	Sargento Viceprimero	
	Sargento Segundo	
	Cabo Primero	
	Cabo Segundo	
3. NIVEL EJECUTIVO	Comisario	
	Subcomisario	
	Intendente	
	Subintendente	
	Patrullero, Carabiniro, Investigador, según su especialidad	

Como se observa en el cuadro anterior, la Policía Nacional es una entidad con una estructura jerarquizada, en la que miembros de inferior rango están subordinados a mandos superiores. Precisamente, ello cobra sentido en la medida en que la entidad, junto con las fuerzas militares, cumple una función especial dentro del Estado, en la que desarrolla el ejercicio del monopolio de la fuerza pública, obligándose a cumplir con los más altos estándares de disciplina entre sus miembros, para garantizar que puedan ser verdaderos representantes de autoridad frente a la población civil y mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y de las libertades públicas de los habitantes del territorio nacional.

Sin embargo, lo anterior no justifica que unos miembros de la Policía Nacional puedan usar bigote y otro no, como lo señala arbitrariamente la disposición acusada. En efecto, el artículo 4° de la Resolución 02495 de

1997 (25 de agosto) no permite usar bigote a Tenientes y Subtenientes, en el grado de Oficial; Cabos Primeros y Segundos, en el grado de Suboficial; y Subintendentes, Patrulleros, Carabineros e Investigadores, en el Nivel Ejecutivo; mientras que sí lo permite a Capitanes, Mayores, Tenientes Coronel, Brigadieres General, Mayores General y Generales, en el grado de Oficial; Sargentos Segundo, Viceprimero, Primero y Mayor, en el grado de Suboficial; e Intendentes, Subcomisarios y Comisarios, en el Nivel Ejecutivo.

Si bien el derecho a la igualdad no es absoluto, pues existen situaciones en las que los tratos diferenciados se encuentran justificados, lo cierto es que el aparte acusado del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto) no se acompasa con los parámetros que para el efecto ha fijado la Corte Constitucional. De hecho, en sentencia T-230 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte Constitucional señaló que un trato diferenciado de dos situaciones de hecho no es discriminatorio siempre que: i) los hechos sean distintos, ii) la decisión de tratarlos de manera diferente se funde en un fin aceptado constitucionalmente y iii) la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y adecuada.

En el presente caso la Sala considera que el aparte acusado del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto) viola el derecho a la igualdad, pues sin justificación constitucional, que no haga arbitrario el mandato demandado, impide a algunos miembros de la Policía Nacional usar bigote mientras que a otros se lo permite.

Si bien las personas que ingresan a la Policía Nacional lo hacen de manera libre y autónoma, acogiéndose a los reglamentos propios de la institución, los cuales son públicos y ponen de manifiesto estrictas normas de presentación personal para disciplinar a sus miembros, lo cierto es que tales reglamentos no pueden vulnerar derechos fundamentales como la igualdad. Esta misma línea de pensamiento ha sido seguida por la Corte Constitucional para manifestar que la rigurosidad de la disciplina castrense no puede servir de excusa para ejercer la potestad disciplinaria de manera arbitraria, como lo señaló en sentencia T 662 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) cuando dijo:

*“...la especial condición de la disciplina militar se restringe a una mayor rigurosidad en el análisis de la conducta esperada por el alumno, **más no constituye un aval para que los superiores jerárquicos ejerzan la potestad disciplinaria de forma arbitraria**, sino que estas actuaciones, en todos los casos, deberán sujetarse a las reglas constitucionales...” (Se resalta)*

En este orden de ideas, la Sala despachará favorablemente la súplica de la demanda, pues considera que la disposición acusada, contenida en el numeral 9° del artículo 4° de la Resolución 02495 de 1997 (25 de agosto), viola el derecho de igualdad de los miembros de la Policía Nacional, ya que arbitrariamente impide a unos miembros de la institución usar bigote...».

*Guillermo Vargas Ayala, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

POLICÍA NACIONAL

La expresión “Dios” en el escudo destaca un valor positivo que debe guiar la actividad de los integrantes de la institución

12 de noviembre de 2015

Radicación: 11001-03-24-000-2011-00268-00

...«De la confrontación del acto acusado con el texto de las normas invocadas como vulneradas, no advierte la Sala la transgresión a que alude el actor, pues la expresión “DIOS” en la descripción del escudo de la Policía Nacional, no está coartando la actividad de los agentes pertenecientes al cuerpo de policía. Por el contrario, y al igual que lo hace el preámbulo de la Constitución Política, destaca un valor positivo, que debe guiar la actividad de sus integrantes, para dar lo mejor de sí mismos en pro de la consecución de los fines esenciales del Estado.

No vislumbra la Sala que dicha expresión implique una declaración del Estado Colombiano en su fuerza policiva como una institución religiosa o con principios confesionales por el hecho de la mera existencia de aquélla en su escudo, ni en éste se hace referencia a una religión o credo en particular.

Así las cosas, para la Sala la inclusión de la expresión “DIOS” en el escudo de la Policía Nacional, no invoca una deidad a la cual le rinda culto la institución pública, ni se puede confundir con un teísmo o religión en particular, sino que, se repite, la misma resalta unos valores éticos que instan a los miembros de esa Fuerza Pública a prestar un servicio a la comunidad.

En síntesis, la expresión “DIOS” en el mentado símbolo oficial, no puede confundirse con una tendencia religiosa o credo en particular, como tampoco lo es la misma expresión en el preámbulo de la Constitución, que conforme a la Jurisprudencia Constitucional, debe entenderse como un valor socialmente aceptado...».

*María Claudia Rojas Lasso,
María Elizabeth García González, Guillermo Vargas Ayala.*

XXV. POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

POTESTAD SANCIONATORIA CAMBIARIA

La autoridad sancionadora debe expedir y notificar el acto sancionatorio principal dentro del término de prescripción de la acción

18 de julio de 1991

Radicación: CE-SEC1-EXP1991-N1567

...«Elemento axial en la controversia suscitada con la demanda, lo constituye indudablemente el artículo segundo de la ley 33 de 1975 el cual, por ser de obligada referencia en estas consideraciones se cita textualmente:

“La prescripción de la acción contravencional al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se interrumpirá por el auto - de apertura de la investigación, y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción”.

La parquedad de la norma no se presta a generosas interpretaciones de acomodo a situaciones particulares ni a agregaciones procedimentales que le hagan lo que no dice.

En efecto, al prescribir esa ley del Congreso de la República que la prescripción principia a correr de nuevo por el término de cuatro años, le está dando la oportunidad a la Administración, dentro de ese límite temporal, de adelantar la investigación y pronunciarse de fondo sobre los resultados de la misma. Hasta ahí, simplemente. Pero también claramente pues la concisión, el laconismo de la norma evita que ésta se convierta en una *res nullis* de la que se pueda hacer uso no medido y a la que se pueda acuñar situaciones *ad látere* que pertenecen a otra cuerda jurídica, definida igualmente en normas precisas. Se está haciendo referencia, obviamente, al tiempo señalado por la

ley para las actuaciones administrativas y al señalado en la misma como término para las decisiones en la vía gubernativa como resultado de los recursos interpuestos por el administrado.

En el caso *sub - examine* adquiere forma concrecible lo que se acaba de enunciar: la investigación administrativa se abrió por medio de auto de Superintendente de Control de Cambios, fechado el 23 de mayo de 1980 (folios 38 y 39 del expediente N° 2414), y después de haberse adelantado la actuación administrativa mediante todas las diligencias plenamente comprobadas (ibídem) culminó esta con la Resolución N° 0717 del 14 de julio de 1982, notificada al apoderado del señor José Jaime Gaviria Ángel el 16 de julio del mismo año, según consta a folio 17 del cuaderno principal, es decir, que el proceso administrativo se realizó en forma completa en dos años y dos meses.

Lo que de ahí sigue, corresponde a la iniciativa del administrado: la puesta en marcha de la vía gubernativa mediante la voluntaria interposición de los recursos legales.

El Tribunal *a - quo* deja constancia en su providencia de la oportunidad en que se produjo la resolución de la Superintendencia en estos términos:

“4) La Resolución N° 0717, por medio de la cual se impone la multa convertible en arresto, se produjo el 14 de julio de 1982 y fue notificada personalmente el 16 del mismo mes y año (fls. 264 a 270 vto., cuaderno 2), lo cual indica que se profirió dentro del término».

Siendo así, no puede esta Sala compartir la voluntad del juzgador de primera instancia de pretender acumular el tiempo de los recursos y de las actuaciones administrativas correspondientes a éstos, al término estipulado por el artículo segundo de la Ley 33 pues es esta una actuación que surge *ad libitum* del administrado después de haberse proferido y ejecutoriado la decisión de fondo sobre los hechos objeto de la investigación.

Este criterio, que es avalado y compartido en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, encuentra su exacta expresión en el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil a raíz de una consulta hecha por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en los siguientes términos:

«Se consulta específicamente ante esa Honorable Sala, si cuando en las contravenciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se ha iniciado, desarrollado y concluido la investigación por medio de resolución

sancionatoria debidamente notificada, dentro del término de caducidad de la acción, cesa el efecto extintivo del tiempo transcurrido, no obstante la firmeza de la decisión se refiera a una época posterior al vencimiento prescriptivo, por haberse recurrido en la vía gubernativa la providencia sancionarla del Superintendente de Control de cambios».

A la muy completa respuesta de la sala consultada corresponde el acápite que se transcribe -

“Si la Superintendencia de Control de cambios inicia, adelanta y decide la investigación dentro del plazo de caducidad de la acción, aunque el acto que ponga término a la actuación no se encuentre ejecutoriado, es claro que obró oportunamente porque el lapso de 4 años tiene por objeto permitirle al Estado, mediante el órgano competente, indagar los hechos y adoptar una decisión, aunque ésta no se haya notificado ni menos se encuentre ejecutoriada. Si para el particular inculpado el término de caducidad constituye el plazo dentro del cual puede ser investigado, absuelto o sancionado, para el Estado es el lapso prescrito por la ley para adelantar y decidir la investigación». (17 - VIII - 82, Pon. Dr. Humberto Mora Osejo).

Como bien puede observarse, el caso que está bajo examen va más allá de lo requerido por la Sala de Consulta, toda vez que no solamente se tomó la decisión por parte de la entidad estatal sino que se notificó oportunamente, de lo cual hay claras constancias en el expediente.

En seguimiento de lo que se ha afirmado en esta providencia sobre el carácter voluntario por parte del administrado en cuanto a las actuaciones posteriores a la resolución de la entidad estatal, voluntad que se realiza mediante la interposición de los recursos que consagra la ley contra dicho acto, es oportuno citar igualmente el concepto de la Sala de Consulta en la misma respuesta al Ministro preguntante:

“La vía gubernativa es la posibilidad jurídica que se ofrece a los interesados para reclamar, mediante el recurso o los recursos pertinentes, los actos particulares que pongan término a las actuaciones administrativas, para que se aclaren, adiciones, reformen o revoquen. Por consiguiente supone, necesariamente, un acto principal o definitivo que pueda ser objeto de la misma. En el caso objeto de la consulta, requiere la existencia del acto que defina la investigación adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, expedido dentro del término de caducidad de la acción. La notificación, como los recursos de la vía gubernativa, pueden surtirse con posterioridad a su vencimiento, tanto por que la Ley 33 de 1975 sólo prescribe el plazo para adelantar y definir la investigación como porque, mediante aquellos, se trata de hacer conocer

y reclamar el acto que impone la sanción: de ahí que la notificación y los recursos de la vía gubernativa se regulen, a este respecto, no por la Ley 33 de 1975, sino por el Decreto - Ley 2733 de 1959, que prescribe términos específicos para realizar aquella e interponer y decidir éstos. Del mismo modo, contraer acto que imponga la sanción, el interesado puede ocurrir a la jurisdicción previo agotamiento de la vía gubernativa, dentro del término que 11 efecto señala el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. De manera que si el acto que define la investigación se expide dentro del plazo prescrito por la Ley 33 de 1975, aunque no haya sido notificado ni menos se encuentre ejecutoriado, no habría caducidad de la acción».

Nada habría que agregar a la nítida exposición transcrita que constituye la cabal interpretación de la Ley 33 de 1975, fundamento de derecho de la providencia apelada, Interpretación que no coincide con la expresada por el Tribunal de primera instancia en dicho proveído a cuya información apuntan estos planteamientos...».

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez,
Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.*

POTESTAD SANCIONATORIA CAMBIARIA

El acto que impone la sanción y el que decide el recurso forman una unidad, deben expedirse dentro del término de prescripción de la acción

1° de noviembre de 2001

Radicación: 25000-23-24-000-1998-01023-01(6283)

...«[Q]ue para efectos de determinar la caducidad en materia de infracciones cambiarias y, particularmente, en aplicación del artículo 6° del Decreto 1746 de 1991, debe tenerse en cuenta que dentro del lapso a que alude dicha norma la Administración no solo debe expedir y notificar el acto principal, sino el que decide el recurso de reposición y pone fin a la vía gubernativa.

En esta oportunidad se ratifica esta posición jurisprudencial, en el sentido de precisar que la facultad para sancionar contravenciones de tipo cambiario se agota cuando se notifica el acto que decide el recurso de reposición, cuando éste ha sido interpuesto, pues en el proceso administrativo cambiario forman parte del mismo el acto que impone la sanción y el que decide el recurso de reposición, tal como se dijo en sentencia proferida dentro del expediente 4958 con ponencia del doctor Juan Alberto Polo:

“A juicio de la Sala, la posición correcta es la que señala que se hace necesaria la notificación del acto que pone fin a la actuación administrativa y de los actos posteriores integrantes de la vía gubernativa para aquel que quede en firme, lo cual implica rectificar la tesis adoptada por esta Sección en las providencias de 15 de agosto de 1991, expediente 1457; 18 de junio de 1991, expediente 1567 y 25 de julio de 1991, expediente 1476.

“Conviene tener en cuenta, además, que es regla común del derecho sancionatorio que a nadie se le puede considerar sancionado o penalizado mientras la providencia respectiva no esté en firme, principio que aparece implícito en el artículo 248 de la Carta, en tanto prescribe que ‘únicamente la condenas proferidas en sentencias judiciales

en forma definitiva tiene la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales’.

“En el caso concreto la sanción que real y finalmente se le impuso a la actora es la contenida en la resolución mediante la cual fue resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la inicial, puesto que mientras dicho recurso estuvo pendiente de decisión, la sanción no podía ser ejecutada ya que los recursos se conceden en el efecto suspensivo (art. 55 C.C.A.)...»

*Olga Inés Navarrete Barrero, Camilo Arciniegas Andrade (Salva voto),
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Salva voto), Manuel S. Urueta Ayola,
Ernesto Rafael Ariza Muñoz (Conjuez).*

POTESTAD SANCIONATORIA CAMBIARIA

La autoridad sancionadora debe expedir y notificar el acto sancionatorio principal dentro del término de prescripción de la acción sancionatoria

12 de junio de 2003

Radicación: 25000-23-24-000-2001-00094-01(8386)

...«[C]on base en el Decreto 1092 de junio 21 de 1996, “por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, cuyo artículo 4° estableció que, “Prescripción de la Acción Sancionatoria. La imposición de sanciones cambiarias requiere la formulación previa de un pliego de cargos a los presuntos infractores, el cual deberá notificarse dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de la infracción. En las infracciones continuadas el anterior término se contará a partir de la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción. Dentro del año siguiente al vencimiento del término de respuesta al pliego de cargos, deberá expedirse y notificarse la resolución sancionatoria, previa la práctica de las pruebas a que hubiere lugar. La prescripción podrá decretarse de oficio o a solicitud del investigado”, se rectifica la posición asumida, en el sentido de que en realidad en materia de infracciones cambiarias el espíritu del legislador fue el de distinguir entre la producción de la resolución que sanciona, debidamente notificada, y la resolución de los recursos propios de ese procedimiento administrativo, lo cual significa que basta que dentro del término de caducidad legalmente previsto se profiera y se notifique el acto sancionatorio, sin que dentro del mismo se tengan que proferir, necesariamente, los actos con los cuales se agota la vía gubernativa.

Si bien el procedimiento contenido en el Decreto 1746 de 1991 se aplicaba tanto a las infracciones cambiarias de las que conoce la DIAN, así como a las que conoce la Superintendencia de Sociedades, la Sala aclara que con la entrada en vigencia del Decreto 1092 de 1996 el primero de los citados sólo se aplica a quienes cometan las infracciones cambiarias cuyo conocimiento

le compete a la Superintendencia de Sociedades, en tanto que el último se aplica a quienes incurran en las infracciones cambiarias cuyo conocimiento corresponde a la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales.

En consecuencia, como aquí se trata de una infracción cambiaria de conocimiento de la Superintendencia de Sociedades la Sala tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 1746 de 1991 para determinar si hubo o no caducidad de la acción cambiaria, con la rectificación antes indicada, esto es, que dentro del término de caducidad basta que se profiera y notifique la resolución que sanciona.

Prescribe el artículo 6° del Decreto 1746 de 1991:

“ARTÍCULO 6o. El término de caducidad de la acción de las infracciones cambiarias será de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos.

El anterior término se interrumpirá con la notificación del acto de formulación de cargos y correrá por un (1) año más a partir de dicha notificación. La vía gubernativa se regirá por las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

El término de prescripción de la sanción que imponga la Superintendencia de Cambios será de tres (3) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la impuso.

En las infracciones continuadas, el término de caducidad de la acción se contará a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción”.

Consta en el expediente y así lo reconoce la actora, que el 5 de marzo de 1996 llevó a cabo la negociación de divisas cuya omisión de registro dio lugar a la imposición de la multa contenida en los actos acusados, omisión que en manera alguna controvierte la demandante.

El término legal para llevar a cabo el registro es de tres meses contados a partir del ingreso de las divisas, lo cual significa que la actora tenía hasta el 5 de junio de 1996 para cumplir en tiempo con dicha obligación.

El 13 de mayo de 1998 la Administración profirió pliego de cargos contra la demandante, el cual le fue notificado personalmente el 18 del mismo mes y año, es decir, que a partir de dicha fecha se interrumpió el término de caducidad y empezó a correr por un año más, luego la demandada tenía hasta el 18 de mayo de 1999 para resolver la situación de aquella.

La Superintendencia de Sociedades profirió la Resolución 230-593 de 14 de abril de 1999, la cual según obra a folio 6 del cuaderno de antecedentes

administrativos le fue notificada a la actora por edicto desfijado el 10 de mayo de 1999, es decir, que fue proferida dentro del término de caducidad, si se tiene en cuenta, se reitera, que la Administración tenía hasta el 18 de mayo de 1999 para sancionar y notificar de tal situación a la actora.

Así las cosas, la Sala concluye que la presunción de legalidad que cobija los actos acusados no logró ser desvirtuada, pues la Administración los profirió teniendo plena competencia temporal para ello...».

*Manuel Santiago Urueta Ayola, Camilo Arciniegas Andrade,
Olga Inés Navarrete Barrero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*

POTESTAD SANCIONATORIA ADUANERA

Para que no prescriba el término para adelantar la acción sancionatoria es necesario que dentro del mismo se profieran tanto el acto que pone fin a la actuación administrativa, como los que le ponen fin a la vía gubernativa, los cuales deben ser notificados dentro del mismo plazo al interesado

13 de julio de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N5876

...«Resta entonces a la Sala analizar si en el asunto sometido a su consideración prescribió la acción administrativa sancionatoria, como lo concluyó el *a quo*, o si, por el contrario, le asiste razón a la apoderada de la entidad demandada en cuanto afirma que la sanción fue impuesta dentro del término legal.

Prescriben los artículos 1º, 3º y 14 del Decreto 1750 de 1991:

“Artículo 1º. A partir del 1º de noviembre de 1991, eliminase el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero. A partir de tal fecha dicho carácter se transmutará en el de las siguientes infracciones administrativas:

“a. Contrabando: incurrirá en infracción administrativa de contrabando quien realice una cualquiera de las siguientes conductas:

“1.

“2. Importar o exportar o intentar exportar mercancías sin presentarlas o declararlas ante la autoridad aduanera, o por lugares no habilitados.

“3. ... “

“Artículo 3º. Multas. Las situaciones previstas en el literal a) del artículo primero de este decreto acarrearán una multa equivalente a la mitad del valor de la mercancía decomisada...”.

“Artículo 14. Prescripción. La acción administrativa sancionatoria prescribe en dos años contados a partir de la realización del hecho. La sanción, en los casos correspondientes, prescribirá en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la aplique”.

Como se observa, los artículos 1º y 3º señalan que incurrirá en la infracción administrativa de contrabando quien importe mercancía sin declararla ante la autoridad aduanera y que ello acarreará la sanción de multa, conducta ésta en la que incurrió el actor, tal y como consta en el pliego de cargos núm. 003, contenido en el auto núm. 0066 de 30 de enero de 1996.

Ahora bien, es claro que el artículo 14 antes transcrito señala que la acción administrativa sancionatoria prescribirá en dos años contados a partir de la ocurrencia de los hechos, los cuales tuvieron lugar el 16 de marzo de 1993, tal y como consta a folio 2 del cuaderno principal, luego forzoso es concluir que las Resoluciones núms. 000530 de 31 de mayo de 1996, por medio de la cual se impuso al actor la sanción de multa por valor de cuarenta y dos millones ciento sesenta y ocho mil quinientos pesos (\$42.168.500.00), por infracción administrativa de contrabando, y 001103 de 26 de noviembre de 1996, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución anteriormente identificada, confirmándola, fueron expedidas sin competencia temporal, dado que la fecha límite para expedirlas lo fue el 16 de marzo de 1995, lo cual significa, además, que ni siquiera el pliego de cargos formulado el 30 de enero de 1996 lo fue en tiempo.

Como lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades, para que no prescriba el término para adelantar la acción sancionatoria es necesario que dentro del mismo se profieran tanto el acto que pone fin a la actuación administrativa, como los que le ponen fin a la vía gubernativa, los cuales deben ser notificados dentro del mismo plazo al interesado, ya que, de no ser así, el mismo no sabría a ciencia cierta cuándo se le definirá su situación jurídica respecto de la sanción impuesta, cuestión que sólo se logra cuando queda en firme el acto con el cual se agotó la vía gubernativa...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

POTESTAD SANCIONATORIA ADUANERA

La fecha a tomar como referencia para contar el término de caducidad de la acción sancionatoria administrativa es aquella en la que quede en firme el acto que ponga fin a la actuación administrativa de definición jurídica de la mercancía

11 de julio de 2003

Radicación: 25000-23-24-000-2001-00196-01(8413)

...«Atendiendo los fundamentos del recurso, la alzada se circunscribe al punto de la prescripción de la acción sancionatoria frente a la conducta objeto de la sanción impugnada, lo cual implica establecer si el término pertinente se debe contar desde la ocurrencia de los hechos o desde la firmeza del acto que define la situación jurídica de la mercancía que resulte involucrada en los mismos.

Sobre el particular, el término de prescripción se encuentra señalado en el artículo 14 del Decreto 1750 de 1991, que a la letra dice:

“Artículo 14. Prescripción. La acción administrativa sancionatoria prescribe en dos años contados a partir de la realización del hecho. La sanción, en los casos correspondientes, prescribirá en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la aplique”.

En el *sub lite*, la acción desplegada es justamente la sancionatoria a que se refiere la norma, puesto que la conducta objeto de la misma se calificó como infracción administrativa de contrabando, consistente en que la actora poseía mercancía de origen extranjero en un sitio distinto al autorizado como IN BOND en la zona internacional del aeropuerto El Dorado, prevista en el artículo 1º, literal a), numeral 4, del Decreto 1750 de 1991, y sancionada en el artículo 3º *ibídem*. Tales normas disponen:

“Artículo 1º. A partir del 1º de noviembre de 1991, eliminase el carácter de hecho punible de las conductas tipificadas en el Estatuto Penal Aduanero. A partir

de tal fecha dicho carácter se transmutará en el de las siguientes infracciones administrativas:

“a. Contrabando: incurrirá en infracción administrativa de contrabando quien realice una cualquiera de las siguientes conductas: (...)”

“4. Transportar, almacenar, tener, poseer, adquirir, vender, permutar, ocultar, usar, dar o recibir en depósito, destruir o transformar mercancía introducida al país de contrabando, sin participar en los hechos descritos anteriormente. Ser propietario, administrador o tenedor de trilladoras o tostadoras de café que funciones sin autorización de la Dirección General de Aduanas.”

“Artículo 3°. Multas. Las situaciones previstas en el literal a) del artículo primero de este decreto acarrearán una multa equivalente a la mitad del valor de la mercancía decomisada...”

Por esa circunstancia la DIAN adelantó contra la actora el procedimiento administrativo tendiente a definir la situación jurídica de la mercancía, en el cual se profirieron las resoluciones 8604 de 9 de diciembre de 1998, mediante la cual se ordenó el decomiso de la misma y 1443 de 25 de febrero de 1999, para decidir el recurso de reconsideración interpuesto contra aquélla, en el sentido de rechazarlo por no cumplir con los requisitos de ley. Esa resolución fue notificada a la actora el 5 de marzo de 1999, quedando así en firme la impugnada.

Posteriormente, atendiendo que la primera de tales resoluciones se encontraba en firme, e invocando el artículo 2° del Decreto 1800 de 1994, a la actora se le formuló pliego de cargos con fecha 28 de junio de 1999, en su calidad de poseedora de la mercancía decomisada, a fin de establecer su responsabilidad respecto de la posible infracción administrativa de contrabando antes indicada, para cuya respuesta, aporte y petición de pruebas, se le dio un término de un mes a partir de su notificación, conforme al citado precepto.

Surtido el trámite de ley, se expidieron las resoluciones aquí demandadas, la primera de las cuales le fue notificada a la actora el 2 de mayo de 2000, y la segunda, que decidió el recurso de reconsideración, el 25 de octubre de 2000.

Si bien, la Sala, en sentencia proferida en un caso similar al *sub examine*, atendió la fecha de ocurrencia de los hechos para contar dicho término y estimó que es claro que el artículo 14 antes transcrito señala que la acción

administrativa sancionatoria prescribirá en dos años contados a partir de la ocurrencia de los hechos, lo cierto es que el procedimiento señalado en el artículo 2 del Decreto 1800 de 1994 está previsto para ser aplicado de manera independiente o separada del procedimiento que se ha de seguir para definir la situación jurídica de la mercancía, y que su objeto y motivo son diferentes a los de éste, según se aprecia en su texto y lo ha puesto de presente en fallos anteriores, de modo que como lo advierte el *a quo*, es menester que primero se surta el procedimiento de definición de la mercancía, pues dependiendo de las resultas del mismo se establecerá si hay lugar o no a tramitar el sancionatorio. Para la debida comprensión del punto conviene traer la parte pertinente de dicho artículo, a saber:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Procedimiento para la aplicación de sanciones y multas previstas en la legislación aduanera.

“En todos los casos para la aplicación mediante resolución independiente de las sanciones y multas previstas en la legislación aduanera, se seguirá el siguiente procedimiento:

“Una vez identificada la posible falta administrativa o los hechos constitutivos de posible infracción administrativa aduanera de acuerdo con la legislación vigente, la División de Fiscalización formulará el correspondiente pliego de cargos al presunto infractor. A su turno, el destinatario deberá presentar los descargos dentro del mes siguiente a la fecha de notificación del mencionado pliego”.

Debiendo ser, entonces, independiente la resolución sancionatoria también ha de serlo el procedimiento administrativo respectivo, y para evitar decisiones encontradas lo lógico es que primero se surta el atinente a la definición de la situación jurídica de la mercancía, que al fin y al cabo es el objeto principal de la actividad aduanera, y esa definición justamente puede permitir identificar la posible falta o infracción administrativa aduanera, como se dice en la norma citada, de allí que cuando hay lugar a determinar la posible comisión de falta por parte del transportador, por ejemplo, se compulse copia para adelantar la actuación administrativa después de culminada la relativa a la definición de la situación jurídica de la mercancía, sólo que en este caso el investigado y sancionado es el mismo poseedor de la mercancía decomisada.

De modo que en tales casos se habrá de entender que los hechos originarios de la acción sancionatoria están dados por las resultas del procedimiento administrativo tendiente a definir la situación jurídica de la

mercancía y, por tanto, que la fecha a tomar como referencia para contar el término de caducidad de la acción sancionatoria administrativa es aquella en la que quede en firme el acto que ponga fin a la actuación administrativa de ese procedimiento, esto es, el que contenga tal definición...».

Manuel Santiago Urueta Ayola, Camilo Arciniegas Andrade, Olga Inés Navarrete Barrero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Ausente con excusa).

POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

La sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, sin que deban tenerse en cuenta los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa

26 de noviembre de 2009

Radicación: 25000-23-24-000-2004-00339-01

...«Caducidad de la facultad sancionatoria. La actora la sustenta en que la decisión sancionatoria se adoptó después de los 5 meses que señala el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 o, en todo caso, quedó en firme después de los 3 años que establece el artículo 38 del C.C.A.

Al respecto se observa que el artículo 111 de la Ley 142 de 1994 prevé un término de 5 meses para que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa, pero en dicha norma no se le da a ese término el alcance de caducidad que reclama la actora, y ni siquiera carácter preclusivo alguno, de modo que ante la ausencia de cualquiera de esos alcances, sólo cabe tenerlo como un término programático o indicativo, que a lo sumo puede tener implicaciones disciplinarias por su incumplimiento. Para la debida ilustración, conviene traer su texto, que a la letra reza:

“ARTÍCULO 111. OPORTUNIDAD PARA DECIDIR. La decisión que ponga fin a las actuaciones administrativas deberá tomarse dentro de los cinco meses siguientes al día en el que se haya hecho la primera de las citaciones o publicaciones de que trata el artículo 108 de la presente ley.”

Por consiguiente, el término de caducidad que se ha de aplicar por no existir norma especial en la referida ley, es el artículo 38 del C.C.A., según el cual la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

El alcance de esa disposición fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en reciente sentencia cuyo asunto se llevó a su conocimiento por la importancia jurídica del tema nacida de la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre el mismo, por lo cual la posición jurisprudencial mayoritaria allí sentada, que aunque concerniente a un proceso disciplinario, se ha de aplicar para dilucidar el cargo bajo examen, pues sustancialmente se trata del ejercicio de una misma facultad, la de imponer sanción por las autoridades administrativas, no sin antes advertir que el Consejero ponente del sub lite salvó el voto en dicha sentencia.

La posición jurisprudencial allí definida y que, como atrás se señala, acoge la Sala por su carácter unificador de los diferentes lineamientos que se habían dado entre las Secciones de la Corporación, consiste en que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa, decisión ésta que resuelve de fondo el proceso sancionatorio y define la conducta investigada como constitutiva de falta, porque en él se concreta la expresión de la voluntad de la administración; mientras que los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada “vía gubernativa” queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

En ese orden, se tiene que los hechos, según consta en autos, tuvieron ocurrencia entre 15 de julio y 31 de agosto de 2000, por consiguiente, la Superintendencia tenía oportunidad hasta 31 de agosto de 2003 para proferir e incluso notificar en debida forma el acto sancionatorio, y observa la Sala que la decisión se tomó mediante Resolución 003262 de 23 de julio de 2003 y que su notificación se surtió de manera personal al apoderado de la actora el 6 de agosto de 2003, lo que pone en evidencia que tal diligencia se produjo antes de vencerse el comentado término de 3 años, luego no tuvo ocurrencia la invocada caducidad ya que la sanción fue impuesta dentro del lapso que para el efecto tenía la autoridad sancionadora...».

Manuel Santiago Urueta Ayola, Camilo Arciniegas Andrade, Olga Inés Navarrete Barrero, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (ausente con excusa).

XXVI. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

AUTONOMÍA TERRITORIAL

La autonomía de las entidades territoriales está sujeta a los límites impuestos por la Carta Política y por ley, de manera que al reglamentar los usos del suelo se debe observar que el artículo 61 de la Ley 99 de 1993, ordena que la destinación prioritaria de los bienes que declara como de interés ecológico “será la agropecuaria y forestal”

31 de agosto de 2000

Radicación: CE-SEC1-EXP2000-N4953

...«Según se lee en el epígrafe del Decreto acusado, a través del mismo se asigna el Tratamiento Especial de Preservación del Sistema Orográfico al predio rústico denominado lote No 1 de la Urbanización La Resolana, ubicado en el Área Suburbana de los Cerros Orientales de la Ciudad”.

Ciertamente, el acto acusado tiene contenido particular, individual y concreto, en la medida de que está dirigido a la Urbanización La Resolana, propietaria del lote de terreno al cual se le asignó el tratamiento especial de preservación del sistema orográfico.

Sin embargo, tal acto puede ser objeto de impugnación a través de la acción de nulidad ya que el lote de terreno objeto del mismo se encuentra dentro de un área que el artículo 61 de la Ley 99 de 1993 declaró como de “interés ecológico nacional”. (...)

Intereses como al que alude la norma transcrita son los que, precisamente, en la sentencia de la Sala Plena de esta Corporación de 29 de octubre de 1996 (Expediente núm. S-404, Consejero ponente doctor Daniel Suárez Hernández), se dejan a salvo para que, a través de la acción de nulidad, puedan protegerse, sin que sea menester aportar la prueba del

interés, porque en este caso se encuentra ínsito al referirse el acto acusado a un bien al que la ley le ha atribuido esa connotación; ni la demostración del daño o perjuicio por parte del mismo.

Es así como en la mencionada sentencia se precisa que, además de los casos de actos particulares expresamente señalados en la ley como susceptibles de la acción de nulidad, esta “también procede contra los actos particulares y concretos cuando la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, especialmente cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional...”.

De tal manera que la inconformidad de los recurrentes, relativa a la excepción de ineptitud de la demanda por improcedencia de la acción instaurada, no es de recibo, por lo que debe confirmarse el ordinal primero de la sentencia apelada que la declaró no probada.

Ahora, del texto del acto acusado infiere la Sala que el mismo está orientado a permitir en el predio la actividad de urbanización y construcción. Por ello regula aspectos atinentes a área bruta, área no urbanizable, áreas de reserva para futuras afectaciones, área neta, área de cesión, área útil, áreas no edificables; usos permitidos, dentro del cual se señala el complementario para “vivienda como desarrollo Urbanístico Residencial por el Sistema de agrupación”.

A juicio de la Sala tal regulación vulnera el artículo 61 de la Ley 99 de 1993, ya que éste ordena que la destinación prioritaria de los bienes que declara como de interés ecológico “será la agropecuaria y forestal”; y que “Los municipios y el Distrito Capital, expedirán la reglamentación de los usos del suelo, teniendo en cuenta las disposiciones de que trata este artículo y las que a nivel nacional expida el Ministerio del Medio Ambiente”.

Como lo resaltó el Tribunal, la Corte Constitucional en la sentencia C-534 de 16 de octubre de 1996, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz las normas de la Ley 99 de 1993 y, particularmente, el artículo 61, constituyen limitaciones a la autonomía de las entidades territoriales, legítimamente establecidas por el Congreso de la República en ejercicio de su potestad legislativa, para preservar el patrimonio ambiental de la Nación y que, como tales, deben ser tenidas en cuenta por las corporaciones municipales de elección popular, a la hora de desarrollar las competencias reglamentarias que les corresponden.

Es preciso tener en cuenta que el Decreto acusado se fundamenta para su expedición en el artículo 384 del Acuerdo 6 de 1990 que autoriza al Alcalde para asignar tratamientos a un determinado sector, previo concepto favorable de la Junta de Planeación.

Sin embargo, observa la Sala que, como lo advirtió el a quo, con la expedición de la Ley 99 de 1993 le corresponde al Concejo Distrital expedir la regulación de los usos del suelo, atendiendo las limitaciones que allí se hicieron, máxime si el artículo 193 del Acuerdo 6 de 1990 fue enfático en prever que “No podrá definirse el desarrollo en usos urbanos de aquellos sectores de las áreas suburbanas en donde estén prohibidos los usos urbanos por la ley o por los acuerdos distritales, o en donde por excepción estén permitidos sólo los usos agrícolas de la tierra, los usos mineros o la industria extractiva...”; y, en el acto acusado se reglamentó el proceso de desarrollo por urbanización y construcción, según se advierte en su artículo 1°.

Finalmente, resalta la Sala que tan cierto es que cuando se expidió el acto acusado el 12 de abril de 1995, no existía reglamentación del Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá en materia de usos del suelo, con ocasión de la promulgación de la Ley 99 de 1993, que el artículo 4° del Acuerdo núm. 27 de 30 de noviembre de 1995 expresamente dice: “Hasta tanto el Concejo de Santa Fe de Bogotá, reglamente el uso del suelo en el perímetro del Distrito Capital, en relación con la aplicación de la Ley 99 de 1993, no se expedirán licencias de construcción....”

Concluye, pues, la Sala que el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá D.C. carecía de competencia para hacer las regulaciones a que se contrae el acto acusado, por ser ellas del resorte del Concejo Distrital, en armonía con lo dispuesto en los artículos 61 y 63 de la Ley 99 de 1993, razón por la cual asistió razón al a quo en cuanto accedió a las pretensiones de la demanda, lo que amerita la confirmación de la sentencia apelada...».

*Juan Alberto Polo Figueroa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Manuel S. Urueta Ayola.*

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Se desborda al establecer un procedimiento disciplinario para el rector desconociendo las garantías que hacen parte del debido proceso

27 de enero de 2011

Radicación: 11001-03-24-000-2005-00033-01

...«[S]i bien las Universidades Públicas pueden establecer normas sustantivas y procedimentales de naturaleza disciplinaria en ejercicio de la autonomía universitaria, ellas no pueden desconocer las garantías constitucionales mínimas en la materia, como el derecho a estar representado por un abogado; a ser notificado de la apertura de la investigación y a ejercer el derecho de defensa tanto durante esa etapa como durante el enjuiciamiento, para lo cual deberá permitirse que el investigado pueda aportar pruebas y participar de su práctica y contradicción. Igualmente se deberá respetar el principio de legalidad tanto de la falta como de la pena, de modo que antes de la iniciación de la investigación el procesado pueda conocer la descripción típica de las conductas que constituyen faltas y las sanciones previstas para cada una de ellas. Así mismo el derecho a que se establezcan penas razonables y proporcionadas y, en todo caso, no mayores que las señaladas por la ley.

Las garantías enunciadas resultan abiertamente desconocidas por la norma demandada, la cual establece un procedimiento disciplinario aplicable al Rector que no prevé la existencia de una etapa de investigación de cuya iniciación deba ser notificado el investigado y en la cual pueda participar.

El procedimiento enunciado sólo le permite al Rector participar en una etapa de enjuiciamiento que se inicia con la imputación de cargos referidos al presunto incumplimiento de sus funciones.

Por otra parte, no prevé el derecho a ser representado por un profesional del derecho.

Además, establece una única sanción – la remoción del cargo – independiente de la clase de falta, de la gravedad de la misma, y de la existencia de causales de atenuación o agravación.

La norma demandada sanciona siempre y bajo cualquier circunstancia al Rector con la remoción del cargo, sin duda la más grave de las sanciones posibles en materia disciplinaria, por leve o irrelevante que sea la falta, circunstancia que denota la ausencia de cualquier criterio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena.

El principio de legalidad de la falta y de la sanción resulta vulnerado en la medida en que el procesado no tiene la posibilidad de saber en concreto cuál es el tipo de funciones cuyo incumplimiento da lugar a la remoción.

Las breves pero potísimas consideraciones anteriores imponen la declaratoria de nulidad de la norma demandada pues ella sin duda se dictó mediante un desbordamiento de principio de la autonomía universitaria, en la medida que violó las garantías que hacen parte del debido proceso instituido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Insiste la Sala en que el Consejo Superior Universitario estaba facultado para dictar normas de carácter disciplinario aplicables al Rector, a condición de que ellas respetaran las garantías procesales reconocidas por la Constitución, las que efectivamente no respetó...».

*Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Marco Antonio Velilla Moreno.*

XXVII. RÉGIMEN CAMBIARIO

CAMBIO DE DIVISAS EXTRANJERAS

Los riesgos de las fluctuaciones del cambio de las divisas extranjeras corren por cuenta del importador

15 de junio de 1971

Radicación: GE-SEC1-EXP1971-N1400

...«2. Se estudiará en seguida si el importador de mercancías extranjeras que ha obtenido una licencia o registro de importación tiene derecho a que, en el momento del pago, se le venda la divisa extranjera a la tasa de cambio vigente en el momento en que obtuvo el registro de importación.

Para mayor claridad, se resumen los trámites que el importador de mercancías extranjeras debía y debe llenar:

a) En primer lugar, debe obtener una licencia o registro de importación, en donde se describe la mercancía que se desea importar. Ese documento se debe registrar en la Superintendencia de Comercio Exterior, con indicación de la lista a que corresponden dichas importaciones;

b) En seguida se debe depositar una suma en moneda nacional, por concepto de fondo de estabilización;

c) Luego se importa la mercancía, se la nacionaliza y se pagan los impuestos de aduana;

d) Por fin, llegado el momento del pago, se debe obtener una nueva licencia para comprar la moneda extranjera necesaria para el pago. Esa licencia se llama también registro de cambio. Pagada la mercancía, se obtiene la devolución del depósito mencionado en el literal b).

En este trámite complicado existen dos momentos culminantes, a saber el momento en que se obtiene el registro de importación y el momento en que se obtiene el registro de cambio. Entre esos dos momentos puede transcurrir un tiempo más o menos largo.

Según el Decreto 2322 de 1965 los certificados de cambio debían venderse en dos mercados llamados preferencial e intermedio. Según Resolución número 32 de 3 de septiembre de 1965 emanada de la Junta Monetaria, la tasa para el mercado preferencial era de \$9.00 por cada dólar y la tasa para el mercado intermedio era de \$13.50 por cada dólar.

Es evidente que las tasas de cambio podían variar en cualquier momento. Y, como entre el momento de obtener la licencia de importación y el momento de obtener la licencia para comprar la moneda extranjera necesaria para el pago podía transcurrir cierto número de días y aún de meses, surge el problema de si el importador tiene un derecho adquirido a comprar la moneda extranjera al tipo de cambio vigente en el momento de la licencia para importar o si la moneda extranjera debe liquidarse a la tasa de cambio vigente en el momento del pago efectivo.

En el supuesto de que el cambio sea libre, un comerciante, en el momento “X”, ha hecho un pedido de mercancías al extranjero, y, en el momento “Z”, quiere obtener las divisas extranjeras necesarias para el pago. Es evidente que dicho comerciante corre con los riesgos de las fluctuaciones del cambio entre el momento “X” y el momento “Z”. A nadie se le ocurriría pensar que el comerciante en cuestión tiene derecho a adquirir la divisa extranjera a la tasa de cambio vigente en el momento “X”. ¿Contra quién alegaría ese pretendido derecho?

En el supuesto de que el cambio esté controlado y que el mismo comerciante pida al Gobierno una licencia de importación, en el momento “X”, y que, en el momento “z”, pida una licencia para obtener divisas extranjeras necesarias para el pago, por qué la solución habría de ser distinta? ¿por qué los riesgos habrían de trasladarse al Estado?. Se dirá que porque el Estado, al controlar el cambio es el causante de su alza o baja y que, por consiguiente, es el responsable de la fluctuación. A este argumento puede responderse que el Estado, al regular el cambio internacional, no lo hace por capricho, sino para defender su orden público económico y que las medidas que él se vea en la necesidad de tomar, muchas veces le son impuestas por circunstancias que para él mismo constituyen fuerza mayor, puesto que no dependen de su voluntad y escapan a su poder.

En resumen, esta Sala piensa que los riesgos de las fluctuaciones del cambio de las divisas extranjeras corren por cuenta del importador: si entre el momento en que éste obtuvo la licencia de importación y el momento en que pide la licencia para adquirir la moneda extranjera necesaria, el cambio sube, el importador tendrá que dar más pesos, e inversamente, si el cambio baja, entre esos dos momentos, el importador tendrá que dar menos pesos.

Ya el Consejo de Estado, en sentencia de 5 de abril de 1962, ponente Doctor Ricardo Bonilla (Anales, Tomo LXIV número 397 y 398 Pág. 157) había dicho:

“El registro sólo podía crear el derecho a obtener la moneda extranjera al cambio del día en que ella se solicitara para el reembolso o pago al proveedor. Lo único que el registro podía garantizarle al titular, en cuanto suministro de divisas oficiales para el pago, era que tales divisas se le venderían en su oportunidad, pero en las circunstancias de modo y precio que rigieran en esa fecha”.

Es verdad que esta sentencia se refiere al estado de derecho vigente en el mes de abril de 1962, o sea dentro del régimen del Decreto 637 de 1951, pero la doctrina allí sentada, puede perfectamente aplicarse a situaciones futuras similares...».

*Alfonso Arango Henao, Lucrecio Jaramillo Vélez,
Humberto Mora Osejo, Alonso Botero Isaza (Conjuez).*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CAMBIARIO

Es obligatorio interponer el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa, por disposición especial

12 de marzo de 2009

Radicación: 08001-23-31-000-1996-10724-01

...«Debe la Sala determinar si el asunto que ocupa su atención debe estudiarse a la luz del Decreto Ley 444 de 1967, como lo consideró el Tribunal, o a la luz del Decreto Ley 1746 de 1991, como lo dice la parte actora.

Los artículos 27 y 28 del Decreto Ley 1746 del 4 de julio de 1991 “Por medio del cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios”, establecen:

“Artículo 27. Los procedimientos administrativos ya iniciados, a la fecha en que entre a regir el presente Decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a las disposiciones legales vigentes al momento de su iniciación, siempre y cuando se hubiere proferido acto de apertura de investigación, de acuerdo con la Ley 33 de 1975”.

“Artículo 28. El presente Decreto rige a partir del 1o. de octubre de 1991 y deroga en su parte pertinente al Decreto Ley 444 de 1967, al Decreto 624 de 1974, a la Ley 33 de 1975 y a las demás normas que le sean contrarias”.

A su turno, la Ley 33 de 1975 “Por la cual se dictan normas sobre la prescripción de la acción y de la sanción en las contravenciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior”, a la cual se refiere el artículo 27 del Decreto Ley 1746 de 1991, en su artículo 2º señalaba:

”Artículo 2º. La prescripción de la acción contravencional al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se interrumpirá por el auto de apertura de la investigación, y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción”.

Como quiera que tanto la parte actora como la DIAN aceptan que el auto de apertura de investigación se expidió el 30 de septiembre de 1991, de conformidad con la normativa antes transcrita es evidente que el asunto que ocupa la atención de la Sala debe analizarse a la luz del Decreto Ley 444 de 1967, pues para dicha fecha no había entrado aún a regir el Decreto Ley 1746 de 1991, que lo hizo el 1° de octubre del mismo año.

El Decreto Ley 444 de 1967 “*Sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior*”, en su artículo 223 preceptuaba:

“Artículo 223. ...

*“Contra la resolución sólo procede el recurso de reposición; **surtido el recurso, se entiende agotada la vía gubernativa y la resolución es acusable** ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en única instancia, si la cuantía de la multa es de treinta mil pesos o menos, o ante el Consejo de Estado si es superior”.*

Examinada la anterior disposición, considera la Sala que le asistió razón al Tribunal Administrativo del Atlántico cuando declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, pues debe tenerse en cuenta que el artículo 1°, inciso 2 del C.C.A. establece que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas, ley especial que en este caso la constituye el Decreto Ley 444 de 1967.

Ahora bien, no se encuentra de acuerdo esta Corporación con la interpretación que pretende darle la recurrente a la norma en cita, en el sentido de que de la misma no se desprende que es necesario que se interponga el recurso de reposición para poder acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues tal precepto es claro al disponer que **“surtido el recurso, se entiende agotada la vía gubernativa y la resolución es acusable...”** contenido que no admite interpretación distinta, pues, *contrario sensu*, si no se surte el recurso, esto es, el de reposición, que es el único que entonces cabía contra actos como el demandado, no se entiende agotada la vía gubernativa.

Si bien es cierto que a la luz de las disposiciones del C.C.A. el recurso de reposición no es de obligatoria interposición, también lo es que al ser el Decreto Ley 444 de 1967 una norma especial que sí exige dicha interposición, no le quedaba a la parte actora alternativa distinta a proponerlo para acudir ante esta jurisdicción y solamente se habría podido exonerar si la DIAN no le hubiera informado expresamente en el texto de la Resolución la procedencia

del tal recurso, omisión que no se dio en este caso y, por tanto, se configuró la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Por último, la Sala considera que debe armonizarse lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley 444 de 1967 en el sentido de que “surtido el recurso **se entiende agotada la vía gubernativa...**”, con lo establecido en el artículo 135 del C.C.A., según el cual “La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, **debe agotar previamente la vía gubernativa** mediante acto expreso o presunto por silencio negativo”»...

María Claudia Rojas Lasso, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta,
Martha Sofía Sanz Tobón (Salvamento de voto), Marco Antonio Velilla Moreno.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

No se aplica en materia cambiaria

16 de agosto de 2001

Radicación: 25000-23-24-000-1994-05376-01(6262)

...«Conforme se relata en el hecho primero de la demanda, el 15 de agosto de 1989, mediante operativo realizado por la Policía Nacional, se incautaron, entre otros, títulos valores y dinero efectivo por valor de US\$386.200.

Este hecho, ocurrido bajo la vigencia del Decreto Ley 444 de 1967, dio lugar a que se abriera investigación por parte de la Superintendencia de Cambios el 22 de febrero de 1990, por presunta violación del artículo 4º de Decreto Ley 444 de 1967 (folios 6 y 85 del cuaderno principal), contra LEONIDAS VARGAS VARGAS y las demás personas naturales o jurídicas que resultasen comprometidas, entre ellas la demandante, de la cual es socio el citado señor, junto con su esposa e hijos.

El citado artículo 4º consagró:

“La posesión y negociación de oro y divisas se ceñirán a las disposiciones de este decreto.

Con las excepciones en él establecidas, los ingresos en moneda extranjera se venderán al Banco del República o se canjearán en esta institución por “certificados de cambio”, según el caso.

Solamente podrán adquirirse divisas para los fines económicos o socialmente útiles definidos como tales en este estatuto y previa la expedición de la respectiva licencia de cambio”.

Habiéndose iniciado la investigación en vigencia del Decreto 444 de 1967, no había lugar a dar aplicación a la Ley 9ª de 1991, por las siguientes razones:

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, establece:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

El artículo 35 de la Ley 9ª de 1991 señaló:

“Vigencia. La presente Ley rige desde la fecha de su publicación y deroga parcialmente la Ley 6ª de 1967 y el Decreto Extraordinario 444 de 1967 así como las disposiciones que lo modifican, adicionan o reforman, los artículos 1º a 5º y 7º a 10 de la Ley 74 de 1989, el artículo 19 de la Ley 25 de 1923, y todas las disposiciones que le sean contrarias. No obstante, sus efectos derogatorios solamente se producirán a medida que entren en vigencia las normas que se expidan en desarrollo de las disposiciones generales en ellas establecidas, y en todo caso, se producirán a más tardar un año contado a partir de la publicación” (La negrilla es de la Sala).

El Decreto 1746 de 1991, “Por medio del cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios”, dispuso en su artículo 27:

“Los procedimientos administrativos ya iniciados a la fecha en que entre a regir el presente decreto, continuará tramitándose hasta su culminación conforme a las disposiciones legales vigentes al momento de su iniciación, siempre y cuando se hubiere proferido acto de apertura de investigación, de acuerdo con la Ley 33 de 1975”.

Según se lee en la parte motiva de la Resolución núm. 1398 de 11 de abril de 1994 acusada, la Superintendencia de Cambios abrió investigación administrativa “en los términos de la Ley 33 de 1975” (folio 10 del cuaderno principal).

La citada Ley 33 de 1975, **“Por la cual se dictan normas sobre la prescripción de la acción y de la sanción en las contravenciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior”**, consagró en su artículo 1º: “La acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribirá en cuatro (4) años y la sanción en ocho (8); y en el artículo 2º señaló: “La prescripción de la acción contravencional al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior se interrumpirá por el auto de apertura de la investigación, y

principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción”.

Del texto de las disposiciones legales transcritas claramente se colige que la actuación administrativa en contra de la demandante debía regirse por las disposiciones del Decreto 444 de 1967.

Ahora bien, la actora considera que como la Ley 9ª de 1991 en su artículo 7º previó que la tenencia, posesión y negociación de divisas sería libre, ha debido darse aplicación al principio de favorabilidad.

Sobre este aspecto la Sala reitera el punto de vista precisado en el fallo de 7 de diciembre de 2000 (Expediente núm. 6434, Actores: Efraín de Jesús Vargas y otro, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la cual se acogió el criterio de la Sección Cuarta de esta Corporación plasmado en sentencia de 8 de noviembre de 1996, con ponencia de la Consejera doctora Consuelo Sarriá Olcos (Expediente núm. 7855), en cuanto a que el principio de favorabilidad, solo tiene aplicación en el ámbito del derecho penal. (...)

Cabe agregar que si bien es cierto que por mandato constitucional (artículo 29), el debido proceso se predica tanto de las actuaciones judiciales, como de las administrativas, no lo es menos que la Carta en dicho precepto superior, en lo que respecta al principio de la favorabilidad, y en los siguientes (30, 31 y 32), se está refiriendo a la materia penal judicial, pues solo en ella existe un “condenado” o persona a quien se le priva de la libertad. De tal manera que el mencionado principio, que se entiende como una excepción al principio de legalidad, conforme al cual el juzgamiento debe hacerse a la luz de normas preexistentes al acto que se imputa, está circunscrito solo a dicho ámbito; y encuentra una justificación en el hecho de que en materia penal lo que está involucrado es la **libertad personal**, bien jurídico este que prevalece sobre los bienes patrimoniales...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo,
Manuel S. Urueta Ayola.*

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Se unifica jurisprudencia en cuanto a que se debe aplicar en todas las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario

4 de agosto de 2016

Radicación: 05001-23-33-000-2013-00701-01

...«[A]unque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero y disciplinario), el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, éste es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.

Entre las citadas garantías mínimas que integran el debido proceso se encuentra el principio de favorabilidad, en virtud del cual una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. La Corte Constitucional se refirió al concepto y alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria e hizo las siguientes consideraciones que, *mutatis mutandi*, son aplicables también respecto de otras manifestaciones del derecho punitivo estatal:

“En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica nullum crimen, nulla poena sine lege, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa” (art. 29, C.P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se

encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos. [...]

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación: “...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal” (Sentencia C-619 de 2001) (Negrillas ajenas al texto original).

Así mismo, la Corte Constitucional al abordar el tema de la favorabilidad desde la perspectiva del principio de legalidad precisó que “[como] la potestad

sancionadora de la administración no es ajena a los principios que rigen el debido proceso en materia penal, concretamente a la exigencia de que una ley previa deberá determinar con claridad y precisión tanto la infracción como la pena que habrá de imponerse a quienes incurran en ella, es dable concluir que abolida una falta tienen que desaparecer los efectos sancionatorios que la misma estuviere produciendo”.

La aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria también ha sido reconocida expresamente por esa Corporación. En la Sentencia C-010 de 2003, en la que se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 24 (parcial) y 30 del Decreto 1092 de 1996 (Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN), precisó que “[...] la circunstancia de que las sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, pues la imposición de las condignas sanciones no se hace de plano y sin procedimiento alguno sino previo el agotamiento de un debido proceso en el que la administración le debe demostrar al investigado la comisión de una infracción al estatuto de cambios, que de ser cierta conlleva la formulación de cargos al posible infractor con el fin de que una vez notificado de ella exponga las razones de su defensa”, y que “en la aplicación de tales sanciones se deben respetar otros principios generales propios del derecho penal, como por ejemplo el principio de la legalidad *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; o el principio de la favorabilidad, según el cual la ley posterior se aplica de preferencia a la ley anterior cuando es favorable al inculpado”.

Igualmente, en la Sentencia C-922 de 2001, a cuyos fundamentos se ha remitido esta Sala en algunas de sus providencias sobre la materia, la Corte consideró procedente la aplicación del principio de favorabilidad en la materia examinada y declaró exequible el artículo 2º del Decreto 1047 de 1999 (Por el cual se establece el régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN), condicionado a que su aplicación se restrinja a las normas procedimentales que regulan los juicios de responsabilidad cambiaria, o que respecto de las normas sustanciales, se condicione su aplicación a que las infracciones del Régimen Sancionatorio Cambiario, cometidas bajo la vigencia del Decreto 1092 de 1996, sean sancionadas conforme a la norma *más favorable*, háyanse o no formulado cargos.

Estas mismas consideraciones que hizo la Corte tratándose del régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias

de competencia de la DIAN deben también ser aplicadas en los asuntos sancionatorios cambiarios de competencia de la Superintendencia de Sociedades, pues no existe razón alguna que justifique ese trato diferente. Lo contrario, claramente constituiría un agravio al principio constitucional de igualdad ante la ley.

En el anterior contexto, en esta providencia la Sección Primera unifica su criterio en el sentido de señalar que el principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario, por tratarse de una garantía mínima del debido proceso, el cual es un derecho constitucional fundamental que debe operar no solo en las actuaciones judiciales sino en toda clase de actuaciones administrativas...».

*Roberto Augusto Serrato Valdés, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala.*

XXVIII. REGISTROS MARCARIOS Y DERECHOS DE AUTOR

LICENCIA PARA EL FUNCIONAMIENTO DE ESPECTÁCULOS O DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

*Su otorgamiento está condicionado a la comprobación de haber pagado,
previamente, los derechos de autor*

20 de mayo de 1954

Radicación: CE-SCA-EXP1954-N4767

...«Fácilmente puede observarse que la intención del legislador fue la de autorizar expresamente al Gobierno para que estableciera o fijara la forma de pagar los “derechos de autor”, según el inciso 39 o el artículo 39 de la Ley 86 de 1946, atrás transcrito, y si bien es cierto que tal ordenación debía hacerse en el correspondiente decreto reglamentario, no es menos cierto que el Gobierno quedó investido de una especial autorización para fijar la forma de pago de los mismos, lo cual equivale a que éste puede reglamentarla con el fin de que tales derechos queden debidamente garantizados máxime si se tiene en cuenta que en los decretos reglamentarios de la ley no se fijó la forma de pago de los “derechos de autor”.

Sentado lo anterior, examinemos qué hizo el Gobierno en uso de la autorización que le confirió la ley. La Administración en orden a proteger y hacer eficaz el pago de los “derechos de autor”, expidió el Decreto acusado, que es del siguiente tenor:

“Artículo 1°. Las autoridades nacionales, departamentales o municipales, sólo podrán dar licencia para el funcionamiento de espectáculos o de establecimientos públicos, donde se ejecuten obras musicales o representen obras teatrales que pertenezcan al dominio privado, cuando el que solicita el permiso de funcionamiento presente la comprobación de haber pagado a los autores, o representantes, o

causahabientes, los Correspondientes 'derechos de autor', y presente igualmente las planillas de que trata el artículo 40 de la Ley 86 de 1946.

Artículo 2°. Los establecimientos públicos que actualmente funcionan tendrán plazo de sesenta (60) días a partir de la vigencia de este Decreto, para presentar ante la autoridad correspondiente la comprobación del 'pago de los derechos de autor y las planillas indicadas.

Artículo 3°. Se deroga el Decreto 142 de 24 de enero de 1952.

Artículo 4°. El presente Decreto rige desde la fecha de su expedición”.

De la lectura desprevénida del articulado en cuestión se concluye sin lugar a dudas que el Decreto sub-lite es perfectamente legal puesto que se limita simplemente a garantizar las normas respectivas para que tales derechos no sean burlados.

No es cierto como lo afirma el demandante que el Decreto viole la ley en lo tocante a sanciones, competencia para imponerlas y necesidad del registro de la obra, porque dicho acto se limita a fijar la forma de pagar los derechos de autor, sin establecer, como lo asevera la demanda, nuevas sanciones no previstas en la ley, pues éstas se refieren exclusivamente a los que las infringen, sin que esto tenga relación con la forma de pagar los derechos de autor. Es más, el Decreto acusado no habla de sanciones en ninguno de sus artículos, y solamente señala un requisito para conceder la licencia de funcionamiento de espectáculos o de establecimientos públicos donde se ejecuten o representen obras de dominio privado, ya sean teatrales o musicales. Es decir, por ese medio coercitivo -que no es sanción- se persigue hacer respetar la ley sobre propiedad intelectual, y es sabido que es función primordial de las autoridades hacer cumplir y respetar las leyes y los derechos que éstas tutelan.

Se preguntará entonces: ¿cuándo están obligados los usuarios a los derechos de autor?

Para responder esta pregunta se hacen las siguientes consideraciones:

Los derechos de autor deben ser fijados por los autores, sus representantes o causahabientes, y sus aranceles deberán ser puestos por ellos en conocimiento de todo propietario o empresario de teatro, lugares de espectáculos, salas de conciertos o festivales, estaciones radioemisora o de televisión, locales públicos y, en general, de toda persona afecta al pago del derecho según la ley.

Como correlativas a las obligaciones de los autores la ley señaló la los usuarios, y al efecto dijo en el artículo 38 de la Ley 86 de 1946 siguiente:

“Todo propietario o empresario de cualquier teatro, lugar de espectáculos, sala de conciertos o festivales, o estación radioemisora o de televisión en donde se presenten o ejecuten obras teatrales o musicales de autores nacionales o extranjeros, están obligados a pagar a sus autores, o representantes, o causahabientes los correspondientes derechos de autor”.

Además, la citada Ley, en su artículo 33 dispone que ninguna producción musical, tragedia, comedia, drama o cualquiera otra producción, sea cual fuere su denominación, podrá ser ejecutada o representada en público, si no es:

- a) Con el título y en la forma confeccionada por el autor, y
- b) Previo permiso de éste, o de sus representantes o causahabientes.

De lo anterior surge como corolario forzoso esta única cuestión: que los usuarios deben hacer el pago previo de los derechos de autor, pues esta es la única garantía que tienen los autores para hacer efectivos los derechos que la ley otorga y para que no sean burlados.

Finalmente la Fiscalía se permite llamar la atención del honorable Consejo de Estado sobre las afirmaciones infundadas que hace el demandante en los hechos undécimo y duodécimo de la demanda, y que demuestran el desconocimiento de los artículos 37 y 41 de la Ley 86 de 1946, que dispone:

“Artículo 37. Publicada o expuesta a la venta una obra teatral o musical, se entiende que el autor autoriza su representación o ejecución bajo las condiciones que se fijan en los artículos siguientes”.

Tales artículos son precisamente los atrás comentados, a saber el 38, 39 y 40.

Y en cuanto se refiere el actor a la sociedad Sayco, que representa a los autores y compositores de Colombia, basta transcribir el artículo 41 y mirar el certificado expedido por el Ministerio de Justicia, que obra al folio 14 del expediente, sobre su existencia como persona jurídica:

“Artículo 41. Las sociedades nacionales o extranjeras, legalmente constituidas para la defensa de los derechos de autores, serán consideradas como mandatarias de

sus asociados, para todos los fines de derecho, por el simple acto de afiliación a las mismas, salvo expresa disposición en contrario”.

Respecto al argumento de que el Decreto acusado viola el artículo 55 de la Constitución Nacional y los artículos 105 y 106 de la Ley 86 de 1946, se contesta:

De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Nacional, las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia, y por ello al instituir el Decreto acusado que esas mismas autoridades sólo pueden conceder licencia para espectáculos y para establecimientos públicos donde se ejecuten o representen obras musicales o teatrales que pertenezcan al dominio privado cuando quien solicita el permiso correspondiente compruebe el pago de los derechos de autor y presente las planillas de que trata el artículo 40 de la Ley 86 de 1946, no les está atribuyendo el fallo de los negocios de que tratan los artículos 105 y 106 de la misma Ley, ni mucho menos está involucrando las atribuciones de la Rama Jurisdiccional y la Rama Ejecutiva del Poder Público. Por consiguiente tampoco existe violación del artículo 55 de la Constitución Nacional ni de los artículos 105 y 106 atrás citados.

Además, para terminar, conviene anotar que la Ley 86 de 1946, artículo 39, al autorizar al Gobierno para establecer la forma de pagar “derechos de autor”, dispuso que su percepción estará a cargo de la entidad pública o particular que señale el mismo Gobierno, para que ella haga la distribución entre los autores correspondientes, previos los descuentos necesarios para atender a los gastos que origina la Administración. De donde se deduce que el Gobierno no solamente quedó autorizado para fijar la forma de pago de los “derechos de autor”, sino también para señalar la entidad que debe recibirlos y distribuirlos. Todo lo cual viene a demostrar una vez más la injusticia de las aseveraciones hechas en la demanda en cuanto a que el capital de los usuarios está expuesto “al peligro de la evaporación sin razón legal”, “sin conocimiento de causa y manos que no acreditan derecho alguno”. Basta leer la Ley para comprobar cómo ella misma previó la forma de percibir por entidades responsables los “derechos de autor” y el modo de distribuirlos”....

*Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Manuel Buenahora,
Ildfonso Méndez, Antonio José Prieto, Baudilio Galán Rodríguez,
Luis Enrique Cuervo.*

IMAGEN Y DENOMINACIÓN DEL DIVINO NIÑO

No es apropiable por ser un artículo sagrado para feligreses católicos

12 de abril de 2012

Radicación: 11001-03-24-000-2008-00191-00

...«Le asiste razón a la Entidad demandada, al concluir que el signo tal como fue solicitado, es irregistrable, pues tanto la denominación como la figura del Divino Niño es inapropiable, por ser un artículo sagrado para todos los católicos del mundo, el cual solo podría registrarse como marca, en la medida que contenga un elemento adicional que le de la fuerza distintiva para que sea viable su registro. Pero tal como está concebido, resulta violatorio del artículo 135 literal b) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Aunado a lo anterior, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio afirma que el signo solicitado “*Se trata de una imagen sagrada del catolicismo, a la que muchos devotos hacen sus plegarias, circunstancia que ha generado que su uso como marca se haya generalizado*”.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia Andino, se refiere a los signos de uso común, de la siguiente manera:

“El literal g) del artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, dispone:

“No podrán registrarse como marcas los signos que

g) consistan exclusivamente o se hubieran convertido en una designación común o usual del producto o servicio de que se trate en el lenguaje corriente o en la usanza del país”;

La norma trascrita prohíbe el registro de signos conformados exclusivamente por designaciones comunes o usuales. Existen expresiones que el público consumidor

normalmente usa para referirse a un producto o servicio y, en consecuencia, cualquiera haría inmediatamente la relación designación – producto / servicio. En este sentido, ningún competidor en el mercado podría adueñársela, ya que se estaría generando una posición de ventaja injusta frente a los otros.

Para determinar si una expresión es de uso común, se debe tener en cuenta los productos o servicios que se quiere amparar. Una palabra puede ser de uso común en una clase y no en otra; esto quiere decir que el análisis del juez consultante debe ser relativo a los productos o servicios respectivos.

Ahora bien, las palabras o partículas de uso común al estar combinadas con otras pueden generar signos completamente distintivos, caso en el cual se puede proceder a su registro.

El Juez Consultante, por lo tanto, debe determinar si el signo mixto DIVINO NIÑO es de uso común en la clase 16”.

Al respecto, no puede predicarse que el signo “DIVINO NIÑO” más figura, sea de uso común para designar los productos de la clase 16 y los servicios de la clase 35 Internacional, pues para que esta norma sea aplicable se requiere de la existencia de una marca registrada cuya denominación y/o figura (según el elemento que predomine), pierda la capacidad distintiva y, por ende, su función individualizadora, a raíz de que si bien en principio no era el nombre original del producto o servicio, en virtud de su uso y del tiempo quede con la designación de dicho producto o servicio que tal signo distinga. En otras palabras, se requiere que en la marca incida el fenómeno de la “vulgarización”, para que provoque en su titular la pérdida de sus derechos, cuestión que en sentir de esta Sala, no se presenta en el sub judice.

Otra cosa distinta, es lo que da a entender la Entidad demandada, en cuanto a que el uso de la denominación y figura del DIVINO NIÑO se haya generalizado, que a juicio de la Sala, tal alocución hace referencia a que es usada comúnmente por el público católico, es decir, no puede ser apropiable por un solo empresario, máxime si se tiene en cuenta que en el petitorio de registro se tiene como “destino a devotos del divino niño, a escuelas y colegios y fieles en general”. Por lo tanto, sería irregistrable, ya que no es distintiva, al carecer de un elemento que contenga la fuerza suficiente como tal.

En dicho sentido, no sería posible, se reitera, que un solo empresario en el mercado pudiera apropiarse de dicha denominación e imagen, pues como bien lo anota el Tribunal, estaría “...generando una posición de ventaja injusta frente a los otros”. Además, porque ello conduciría a un monopolio

injustificado y a que no pueda ser utilizada junto a un elemento distintivo por ningún empresario para la promoción de sus productos y servicios, tal como lo argumenta la Entidad demandada.

Menos aún, puede concebir esta Sala, de que dicho monopolio cayera en manos de quienes de acuerdo con su objeto social, no son empresas que se dediquen a la fabricación, comercialización y venta de productos y servicios industriales o comerciales.

Por último, el argumento de la actora respecto a que con “...su titularidad puede defender dicha imagen y evitar que terceros la utilicen de manera atentatoria contra la moral y la fe cristiana”, no es aceptable por esta Sala, ya que la finalidad de la marca, es muy diferente, esto es, con su registro lo que se pretende es que tenga aptitud distintiva y sea capaz de individualizar con absoluta certeza y claridad los productos o servicios de un empresario de los de su competencia y, de otro lado, proteja al público consumidor frente al error que la confusión directa o indirecta pudiera afectarlo.

Lo anterior, es suficiente para determinar la existencia del riesgo de confusión y, por ende, es indudable que genere a error al consumidor en el momento de seleccionarla, como también riesgo de asociación ya que de acuerdo a como está estructurada, logra confundir al consumidor sobre su origen empresarial, cuando es sabido por toda la comunidad católica (que constituye mucho más del 80% del país), que tanto la denominación DIVINO NIÑO como su imagen o figura, es propiedad de todos los feligreses...».

*María Elizabeth García González, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.*

CANCELACIÓN DEL REGISTRO POR NO USO

Al no haberse demostrado que la marca PUM COLOMBINA es notoria y tampoco poderse predicar tal circunstancia por pertenecer al grupo de Colombina S.A., la solicitud de cancelación parcial por no uso debe efectuarse bajo los presupuestos jurídicos aplicables a cualquier clase de marca común

12 de marzo de 2009

Radicación: 11001-03-24-000-2003-00325-01

...«La marca nominativa PUM COLOMBINA, fue concedida a favor de Colombina S.A., para todos los productos comprendidos en la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza, Mediante Resolución 6150 de 24 de febrero de 1994, certificado 157445.

El acervo probatorio allegado al proceso demuestra que algunas marcas de la Sociedad Colombina S.A., entre ellas COLOMBINA (especialmente) y COFFE DELIGHT, que distinguen productos de la Clase 30 Internacional, (clase de productos que distingue la marca PUM COLOMBINA), efectivamente son marcas notoriamente conocidas, ya que las facturas de venta, los catálogos de publicidad y demás pruebas relacionadas así lo evidencian, pero no en cuanto a la marca PUM COLOMBINA, que a pesar de contener en su denominación la palabra “COLOMBINA” y se encuentra bajo la titularidad de la misma sociedad COLOMBINA S.A., no puede predicarse que por esos hechos sea notoria, pues es una marca autónoma e independiente de las enunciadas, que posee un certificado de registro propio 157445 el cual la identifica y la diferencia de las otras de su especie.

Por otra parte, tampoco puede afirmarse que PUM COLOMBINA sea una marca notoriamente conocida por pertenecer al grupo de Colombina S.A., toda vez que la normativa comunitaria no contempla en alguna de sus disposiciones la “marca corporativa”, o sea, que la marca debe considerarse en forma individual y sólo bajo los productos que ella distinga de la clase 30 de la Clasificación Internacional de Niza.

Así las cosas, el análisis de la solicitud de cancelación por no uso de la marca de la actora se hará bajo los presupuestos jurídicos aplicables a cualquier clase de marca común.

En relación con el uso exclusivo de la marca, esta Sala ha sostenido que *“El registro de la marca le garantiza a su titular el uso exclusivo de la misma. Pero esa garantía tiene justificación en la medida de que el titular use efectivamente la marca en la venta de los bienes que produce, pues de no ser así se convierte la protección de la marca, a través del registro, en un privilegio, sin justificación alguna, que entraba la libre circulación de bienes y productos, en detrimento de las leyes del mercado. El concepto de uso no es absoluto, está condicionado por la clase de productos que el registro protege, pues uno será el uso de artículos de consumo masivo, y otro, distinto, el de artículos de lujo. En cada caso concreto, el juez determinará, teniendo en cuenta la naturaleza del producto, el cumplimiento por el titular de la marca de ese requisito, como condición para que el ordenamiento jurídico continúe protegiendo su derecho. Cuando el artículo 108 de la Decisión 344 se refiere al uso “... durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación...”, debe el titular de la marca demostrar que ha usado la marca, según el concepto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “... cumpliendo con los elementos de forma, intensidad, temporalidad y ejercicio necesarios para considerar eficaz ese uso...”. “...el uso de la misma deberá materializarse mediante la prueba de la venta o de la disposición de los bienes o servicios a título oneroso, como verdaderos actos de comercio”. Durante el término de los tres años anteriores al momento de radicación de la solicitud de cancelación por no uso, no alcanza a constituir el uso que el artículo 108 de la Decisión 344 exige, en el sentido de que debe ser “real y efectivo”, serio, de buena fe, normal e inequívoco”.*

Ahora bien, por uso real y efectivo de la marca se entiende que los productos o servicios que ella distingue hayan sido puestos en el comercio o se encuentren disponibles en el mercado, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización (artículo 110 de la Decisión 344, artículo 166 de la Decisión 486).

En relación con el uso real y efectivo de la marca el Tribunal Andino sostiene que este principio *“...actúa como un complemento del principio de uso obligatorio, y tiene como finalidad principal la de que no se reserve al titular el monopolio de una marca que no se explota real y efectivamente”.*

De manera que una de las limitaciones del derecho a la exclusividad que ostenta el titular de una marca es la falta de uso de la misma, que sin

lugar a dudas, compromete el derecho a la “propiedad” marcaria, haciendo posible que un tercero solicite ante la administración la cancelación del registro de la marca por no uso durante los tres años precedentes a la acción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 de la Decisión 344 y en igual sentido en el artículo 165 de la Decisión 486.

El Tribunal Andino afirma que *“...se entiende que una marca se encuentra en uso cuando todos los productos o servicios que distingue se encuentran en el comercio o en el mercado...es decir, que no basta que se demuestre el uso para cualquiera de los productos o servicios amparados, sino para todos y cada uno de ellos”*.

Agrega que *“...siguiendo la orientación doctrinal, es necesario tener en cuenta:*

1. La cantidad del producto o servicio puesto en el mercado del modo en que normalmente corresponde con la naturaleza de los productos o servicios. Este punto es fundamental para determinar el uso real, ya que unas pocas cantidades de un producto que se comercializa masivamente no es prueba del uso real y efectivo de la marca. En este sentido, la Oficina Nacional Competente o el Juez Competente, en su caso, deberá determinar si las cantidades vendidas, de conformidad con la naturaleza del producto, son meramente simbólicas y no demuestran el uso real de la marca.

2. La cantidad del producto o servicio puesto en el mercado del modo en que normalmente corresponde con las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización. Para determinar el uso real y efectivo de la marca se debe tener en cuenta cómo se comercializan los productos y servicios que amparan. No es lo mismo el producto cuya modalidad de comercialización son los supermercados en cadena, que el producto para sectores especializados y que se comercializan en tiendas especializadas, o bajo catálogos, etc.”

En cuanto a los parámetros cuantitativos que deben tenerse en cuenta para establecer el uso de una marca, el Tribunal Andino ha sostenido:

“El elemento cuantitativo para determinar la existencia del uso de la marca es relativo y no puede establecerse en términos absolutos, sino que ha de relacionarse con el producto o servicio de que se trate y con las características de la empresa que utiliza la marca. Así, si se trata de una marca que versa sobre bienes de capital, podría ser suficiente para acreditar su uso la demostración de que en un año se han efectuado dos o tres ventas, pues su naturaleza, complejidad y elevado precio hace que ese número de operaciones tenga nivel comercial. En cambio no podría decirse que exista comercialización real de un producto como el maíz, por el hecho de que en un año sólo se haya colocado en el mercado tres bultos del grano con la denominación de la marca que pretende probar su uso. Así se desprende de los artículos 100 de

la Decisión 311, 99 de la Decisión 313 y 110 de la Decisión 344. (Proceso 17-IP-95. Interpretación Prejudicial de 9 de noviembre de 1995, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 199, de 26 de enero de 1996)”.

Por otra parte, el artículo 110 de la Decisión 344 enuncia algunas pruebas para demostrar el uso de la marca y el artículo 108 de la misma Decisión establece causales de justificación para el no uso de la marca. Normas sobre las cuales concluye el Tribunal que la cancelación por no uso tiene por efecto:

“1. Depurar el registro marcarío, sacando aquellas marcas que no son usadas de una manera real y efectiva, y

2. Permitir que otras personas puedan registrar esa marca, otorgando, de conformidad con el artículo 111 de la Decisión 344, un derecho de preferencia a la persona que obtuvo la decisión favorable, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que quede firme la providencia que dé término al procedimiento de cancelación de la marca, para solicitar el registro del signo a su nombre”.

De las pruebas allegadas se observa que las facturas aportadas son impertinentes para demostrar el uso de la marca PUM COLOMBINA respecto a los productos “café y sus derivados” durante el período de tres años anteriores a la fecha de la solicitud de cancelación por no uso, pues del total de 343 facturas tan sólo 69 están contabilizadas dentro del término previsto en la norma comunitaria, en la cuales no figura la marca PUM COLOMBINA. En otras palabras, el fin identificador de la marca no se cumplió en esta oportunidad, ya que su uso no se materializó “...mediante la prueba de la venta o de la disposición de los bienes...a título oneroso, como verdaderos actos de comercio”.

Ahora bien, del total de los productos amparados por la marca PUM COLOMBINA para la clase 30 internacional, la solicitud de cancelación, como ya se dijo, recae en el “café y sus derivados”.

De manera que en el presente caso, resulta necesario estudiar la pertinencia de la cancelación parcial del registro de la marca, con fundamento en la norma comunitaria aplicable.

Es así que de conformidad con los artículos 110 y 166 de las Decisiones 344 y 486 respectivamente, se requiere que los productos de la clase 30 Internacional que la marca PUM COLOMBINA distinga, hayan sido puestos en el comercio o se encuentren disponibles en el mercado bajo esa marca,

en la cantidad y del modo que normalmente corresponde. En el caso sub judice quedó claro que esta no es notoriamente conocida y que no se usó específicamente para los productos “café y sus derivados” durante los tres años precedentes a la fecha en que se inició la acción de cancelación.

La Administración en las Resoluciones 1199 de 28 de enero de 2000 y 10575 de 24 de mayo de 2000, y con fundamento en la Decisión 344 afirma respecto a la cancelación parcial por falta de uso de la marca, lo siguiente:

“...con base en los criterios jurisprudenciales y doctrinarios establecidos considera respecto a los argumentos expuestos por el recurrente que si bien es cierto que la normatividad andina no contempla expresamente la cancelación parcial por no uso, también lo es la (sic) norma requiere que la marca se encuentre en uso para los productos o servicios que ella distingue, es decir, los productos o servicios que se solicitaron y para los cuales se concedió la marca los cuales se especificaron en el certificado de registro es decir que todos los productos para los cuales se concedió la marca deben estar disponibles en el mercado ya que de no haber sido así el legislador andino hubiera previsto que el uso o comercialización y efectiva de los productos podría referirse a uno cualquiera de los varios productos o servicios amparados, lo cual no se especifica en la norma analizada” La negrilla fuera del texto.

Al respecto, debe tenerse presente que la cancelación por no uso de la marca que trata la decisión 344 varía con respecto a la Decisión 486, en lo atinente a que esta última norma contempla la cancelación parcial de la marca cuando la falta de su uso afecte a uno o algunos productos que la misma distinga, en cuyo caso se ordenará una reducción o limitación de la lista de productos comprendidos en el registro de la marca.

No obstante, de las normas de la Decisión 344 se infiere que el alcance jurídico es similar al contemplado en la Decisión 486 en la medida en que permite la cancelación parcial del registro de una marca con ocasión de su no uso. Es así como el artículo 110, exige que todos y cada uno de los productos que la marca amparada deben estar colocados en el mercado, *“de manera que no basta con la mera intención de usarla...su uso deberá materializarse mediante la prueba de la venta o de la disposición de los bienes o servicios a título oneroso...”*.

Como tampoco “basta que se demuestre el uso para cualquiera de los productos o servicios amparados, sino para todos y cada uno de ellos “(subrayas de la Sala), tal como lo afirma el Tribunal Andino en la Interpretación Prejudicial 46-IP-2006 rendida en este proceso, cuyo concepto

es acogido por la Sala no sólo debido a su carácter obligatorio sino por su razón de ser.

Aseverar lo contrario, sería poner seriamente en peligro el derecho a la competencia como fuente de la actividad empresarial que es, así como el derecho del consumidor al no poder éste distinguir a través de una marca los buenos y malos productos que se ofrecen en el mercado, postulados básicos del derecho de marcas.

Por otra parte, no son de recibo los argumentos de la actora relacionados con la solicitud de registro de la marca PUM COLOMBINA para distinguir café y sus derivados por parte del tercero solicitante de la cancelación de su marca por no uso, en el caso de que la citada marca sea cancelada parcialmente, como tampoco lo atinente a la oposición de COLOMBINA S.A. en el evento de que fuese concedido el registro a favor de dicho tercero, ni sobre la existencia de conexión competitiva con los productos de la misma clase 30 Internacional, toda vez que resulta impertinente para el caso que se examina, al haberse considerado que la referida marca no es notoriamente conocida, en virtud de que, dichas causales serían objeto de estudio por parte de la oficina competente en el evento de que fueren expuestas en el futuro.

Así la cosas, al no haberse demostrado por parte de la actora el uso de la marca PUM COLOMBINA para los productos “café y sus derivados” de la Clase 30 Internacional, dentro del período comprendido entre el 13 de junio de 1994 y 13 de junio de 1997, es procedente la cancelación parcial del registro de la aludida marca para tales productos. Por consiguiente, no se configura la violación de las normas comunitarias invocadas en la demanda, y las pretensiones de la demanda se han de negar, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia...».

*María Claudia Rojas Lasso, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta,
Martha Sofía Sanz Tobón, Marco Antonio Velilla Moreno (Salva el voto).*

CANCELACIÓN DEL REGISTRO POR NO USO

La cancelación del signo “COLOMBINA IMPERIAL” por no uso no puede efectuarse, porque contiene la expresión “COLOMBINA”, marca registrada y notoriamente conocida, y el término “IMPERIAL” es algo adicional

12 de abril de 2012

Radicación: 11001-03-24-000-2003-00322-00

...«Respecto a la protección de la marca notoriamente conocida, en relación con la cancelación por no uso de alguno de sus productos que distingue, se traen a colación algunos aspectos tratados por el Tribunal de Justicia Andino en su interpretación prejudicial antes reseñada:

“El artículo 108 de la Decisión 344, con excepción de su último párrafo, establece lo relativo a la cancelación del registro marcario por falta de uso y los medios de prueba de uso de la marca.

El objetivo de solicitar el registro de un signo como marca es utilizarla para distinguir en el mercado los productos o servicios que pretende proteger, si esa finalidad no existe o no se demuestra que ha existido, será razón valedera para cancelar su registro.

La cancelación produce la extinción del derecho de la marca por desuso de la misma, esta figura es uno de los mecanismos que contribuyen a garantizar el uso efectivo de las marcas, obligando a sus titulares a usarlas en productos o servicios para las cuales han sido destinadas.

(...) Ahora bien, para evitar que prospere la situación en comento –que la marca sea cancelada por no uso- el titular de la marca está en la obligación de usarla y debe probar que ha hecho uso de ella. La prueba del uso de la marca, básicamente, está ceñida estrictamente a este concepto de aprovechamiento y explotación, pues es evidente que si ha ejercido acciones que indican que ha empleado la marca tendrá las pruebas relacionadas a diferentes actividades realizadas bajo la marca, como por ejemplo lo referente a publicidad, ventas, etc.

La carga de la prueba en el trámite de cancelación de la marca por no uso corresponde al titular del registro y no al solicitante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Decisión 344. El mismo artículo enuncia algunos de los medios de prueba para demostrar el uso de la marca.

(...)En relación con la protección de la marca notoria en el régimen de la Decisión 344, el Tribunal ha manifestado lo siguiente:

“La marca notoriamente conocida, o simplemente marca notoria, es aquella difundida en una colectividad de individuos pertenecientes a un grupo determinado de consumidores de cierto tipo de bienes o servicios. (...)

La Normativa Comunitaria protege a la marca notoriamente conocida; este tipo de marca goza de protección especial, que va más allá de los principios de territorialidad y especialidad, al punto de establecer que no pueden ser registradas como marcas los signos que sean una imitación o reproducción de una marca notoriamente conocida, (literal d, del artículo 83), o que tengan semejanzas o similitudes que conlleve a confusión con marcas notoriamente conocidas, (literal e del mismo artículo, de la Decisión 344).

Sobre la clase de protección a la marca notoriamente conocida a que se refieren los literales d) y e) del artículo 83 de la Decisión mencionada ha dicho el Tribunal:

El literal d) del artículo 83 de la Decisión 344, establece una amplia protección para los signos distintivos que posean la característica de notoriedad. Lo hace estableciendo la prohibición para la inscripción de signos que reproduzcan, imiten o transcriban, total o parcialmente, un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que se solicita el registro o, en el comercio subregional o internacional sujeto a reciprocidad.

Este literal establece una amplia protección para los signos distintivos que reúnan condiciones de notorios; no obstante, la notoriedad es un hecho que como se ha dicho debe ser probado. Así lo establece el artículo 84 de esa Decisión cuando señala los elementos que sirven para medir tal circunstancia. Ello porque (...) la marca común, para elevarse al estado de marca notoria, debe contar con una serie de factores tales como: (...) difusión de la marca, imagen en el mercado, comercialización del producto, etc. La carga de la prueba corresponde al titular de la marca, pues ésta puede ser desconocida inclusive por la autoridad administrativa o judicial y la prueba precisamente pretende convencer al juzgador de que la marca alegada como notoria reúne características especiales que no poseen las marcas”. (Proceso N° 23-IP-96. Interpretación Prejudicial de 21 de abril de 1998, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 354 de 13 de julio de 1998).

En el literal e) del artículo 83 de la Decisión 344 se prevé una protección especial a la marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de servicios y productos solicitados para el registro, considerando que si existe similitud puede producirse confusión con otra marca. (Proceso N° 16-IP-2001. Interpretación Prejudicial del 27 de abril de 2001).

Una marca no es notoria desde su aparición en el mercado y tal condición constituye un estatus superior al que han llegado ciertas marcas en virtud de la calidad de los productos que distingue, permanencia en el mercado, aceptación y conocimiento entre los consumidores. (...)

La notoriedad de la marca se construye a través del esfuerzo, trabajo, e inversión de su titular, que la ha difundido en el mercado y ha establecido ciertos parámetros de calidad en sus productos, por esto requiere una protección especial a fin de evitar que terceros pretendan aprovechar maliciosamente el prestigio ajeno.

Señala Zuccherino dentro del tema:

Las llamadas marcas notorias han merecido tradicionalmente, una protección especial, en la medida en que respecto de ellas resulta factible el aprovechamiento del prestigio ajeno. La notoriedad debe beneficiar a quien la ha obtenido con su esfuerzo o ingenio, pero no a quienes la utilizan parasitariamente en productos o servicios que no pertenecen al mismo fabricante o prestador que consiguió la notoriedad". (Proceso 160-IP-2005. Interpretación Prejudicial de 19 de octubre de 2005, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1271, de 2 diciembre de 2005).

En este marco, resulta necesario estudiar la figura de la cancelación de la marca por no uso respecto a uno o varios de los productos que protege, a la luz del amparo especial que se le otorga a la marca que ha alcanzado el grado de notoria.

Sobre el tema en particular, el Tribunal estima pertinente remitirse al PROCESO 46-IP-2006, que en un caso similar, expresó:

"Precisado que el registro marcario conlleva el derecho de uso exclusivo de la marca y la defensa contra el registro de signos similares o idénticos que puedan generar confusión en el público consumidor sobre el origen empresarial, y que se crea la obligación de hacer uso de la marca, so pena de que se cancele el registro, a fin de evitar monopolio sobre determinado signo sin presencia en el mercado, se debe eliminar el registro de aquellas marcas que no se usan, siendo éste uno de los efectos del no ejercicio de la obligación de usar la marca por parte del titular del registro marcario; sin embargo, es necesario establecer que en relación con la marca notoria que ampara varios productos la Oficina Nacional o el Juez, en su caso, deben realizar

respecto de la solicitud de cancelación por no uso un análisis consecuencial diferente al que se realizaría respecto de una marca que no ha alcanzado dicho estatus de notoria, que debe incluir el examen de los siguientes presupuestos:

Teniendo en cuenta que el derecho de marcas se consagra bajo el postulado de promover la actividad empresarial y la competencia leal, no es admisible que se permita el aprovechamiento del prestigio ajeno al hacer operante la figura de la cancelación por no uso de la marca notoria de la misma forma en que se haría respecto de una marca que no haya alcanzado tal nivel, ya que en este caso está en juego no sólo el esfuerzo del titular de la marca notoria, sino la protección al público consumidor, quien relacionará de inmediato la marca con el tradicional y conocido fabricante, así como el derecho de los otros consumidores, con quienes no se competiría lealmente si un comerciante utiliza el esfuerzo ajeno para promocionar sus productos.

En conclusión, no resultaría justo el aprovechamiento por parte de un tercero del esfuerzo de quien ha colocado en la categoría de notoria una marca, y si bien la figura de la cancelación del registro marcario por efecto del no uso de la marca y el tema de la notoriedad están previstos en regulaciones independientes, existe una íntima conexión entre las dos figuras, dado el derecho preferente que se otorga a quien ha obtenido la cancelación por no uso de registrar a su nombre el signo que ha logrado sea cancelado.

En los casos de marcas que amparan más de un producto, la cancelación por no uso respecto de algunos de estos productos crea problemas para el consumidor que impacta el tema de la competencia leal, haciendo que a la postre no puedan coexistir en el mercado dos marcas que amparan productos de diferente origen empresarial pero que pueden originar confusión en el público consumidor, o bien la utilización de una marca que ha alcanzado el estatus de notoria por parte de un tercero, independientemente de la clase en que puedan catalogarse los productos en el Nomenclátor.

En todo caso, si bien el signo que sea solicitado como marca goza de prioridad, deberá cumplir con los requisitos esenciales para ser registrado (previstos en el artículo 81 de la Decisión 344), y no deberá estar incurso en las causales de irregistrabilidad previstas (artículos 82 y 83 de la Decisión 344), en especial en las consagradas en los literales d) y e) del artículo 83 que brindan protección especial a una marca notoriamente conocida.

Así las cosas, deberá la Oficina Nacional o el Juez Competente, en su caso, establecer primeramente el estatus de notoria de la marca que se pretende cancelar

por no uso, para deducir si pese al incumplimiento de la obligación de usar la marca, ésta conserva la categoría de marca notoria, ya que, aunque el uso constante es una de las formas en que se puede fundamentar dicha categoría, no es la única ya que es menos cierto que en relación con determinadas marcas el grado de notoriedad de la misma persiste en el mercado aunque no se le use.

De la conclusión a la que se arribe dependerá la efectividad del derecho preferente a que alude el artículo 111 de la Decisión 344, ya que a la postre no podrá registrarse como marca el signo que reproduzca o imite una notoria, conforme lo establece el artículo 83 de la Decisión 344". Las subrayas son ajenas al texto.

En semejantes términos, se indica en el Salvamento de Voto a la decisión adoptada por esta Sección en la sentencia de 12 de marzo de dos mil nueve 2009, del cual se transcriben algunos apartes.

"La decisión adoptada denegó las pretensiones de la demanda presentada por la actora contra los actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio, que canceló parcialmente el registro de la marca "PUM COLOMBINA", producto comprendido dentro de la Clase 30 Internacional.

No comparto el sentido de la decisión adoptada, pues la misma, no obstante que analizó lo relativo a la marca notoria, como lo es COLOMBINA, no precisó el alcance de dicha figura y su incidencia en aquélla. (...).

Los principios de territorialidad y especialidad tratándose de marcas notorias ya han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Andino de Justicia. "El citado Tribunal, hoy día va más allá respecto a estos principios, conforme lo expresa en el Proceso 02-IP-2007. Sentencia de marzo 7 de 2007: "La protección especial que se otorga a la marca notoriamente conocida, en referencia a signos que constituyen su reproducción, imitación, traducción o transcripción, total o parcial, se extiende con independencia de la clase a que pertenezca el producto o servicio de que se trate y del territorio en que haya sido registrada, pues se busca prevenir su aprovechamiento indebido, así como impedir el perjuicio que el registro del signo similar pudiera causar a la fuerza distintiva o a la reputación de aquella. En el caso de que se trate de similitud con una marca notoriamente conocida, la irregistrabilidad opera cuando exista riesgo de confusión o de asociación entre los signos con independencia de la clase a la que pertenezca el producto o servicio de que se trate y el territorio en que haya sido registrada. Sin embargo, la norma comunitaria no exige el registro del signo notoriamente conocido como requisito indispensable para su reconocimiento como notorio".

Entonces, recapitulando. Si lo anterior, es decir que la irregistrabilidad opera cuando exista riesgo de confusión o de asociación entre los signos con independencia de la clase a la que pertenezca el producto o servicio de que se trate y el territorio en que haya sido registrada, para productos que no son idénticos y similares (ruptura abrupta del principio de especialidad), con mayor razón, resulta inaudito, que se proceda a cancelar parcialmente por no uso, como sucede en el presente caso, el registro PUM COLOMBINA efectuado por una empresa, que después de varias décadas ha invertido en la misma clase 30 internacional dedicada a los productos alimenticios. Dicha cancelación por no uso, se da solo porque al hacer abstracción de que en la misma clase existe un registro que ha alcanzado la connotación de marca notoria, se procede con una teoría posible a la luz de una lectura inadecuada y estrictamente normativa; y además a partir de una simplificación simplemente pasmosa, con el argumento de que como existe un registro de la marca PUM COLOMBINA, por esa razón puede ser cancelado por no uso.

A mi juicio, se ha cancelado por no uso lo que no se podía cancelar, una marca derivada de la marca notoria COLOMBINA dentro de la misma clase, y cuyo uso está comprobado en forma suficiente en el mercado pertinente de la clase 30. Esta cancelación por no uso, rompe el equilibrio que se debe buscar a partir del análisis económico entre derecho de la competencia y propiedad industrial, haciendo más imprevisible para el titular de una marca notoria sus derechos, así esta se encuentre registrada y utilizada en varios países andinos para la misma clase de productos; y muestra la dificultad para colocar en marcha en el plano interno por parte de las autoridades y tribunales nacionales, decisiones que tienen trascendencia comunitaria.

¿Cuál es entonces el alcance que tiene en este caso la cancelación por no uso de la marca PUM COLOMBINA para CAFÉ LA BASTILLA, si esta última compañía no podría registrarla en los productos de la clase 30 de conformidad con la normativa comunitaria, ni dentro de los tres meses siguientes, ni nunca?. Todo lo anterior, cuando lo que es más grave aún, y es que a no dudarlo se le puede estar causando un daño a COLOMBINA S.A. al lograr debilitarse la fuerza de su marca notoria, en buena lid obtenida.

En consecuencia, habida cuenta de las importantes implicaciones que acabamos de mencionar, y de la injerencia actual del derecho marcario en el derecho de la competencia, creo razonable y conveniente hacer un llamado a que las decisiones judiciales no se circunscriban a un estudio exegético de una norma dejando de lado la incidencia de tal decisión, en determinados casos particulares, como acontece en el sub lite.

En efecto, COLOMBINA, como ya se dijo, es una marca notoriamente conocida, y así se reconoce en la sentencia de la cual me aparto; empero en la decisión de avalar la cancelación de la expresión “PUM COLOMBINA” debió prevalecer la notoriedad, ya que dicha expresión contiene la palabra COLOMBINA, de tal manera que el hecho de la cancelación no autoriza per se a quien la solicitó o a cualquier persona, a obtener a su favor el registro de dicha marca”.

En el caso sub examine, es necesario indicar que la marca “COLOMBINA IMPERIAL” de la actora, contiene la expresión “COLOMBINA”, también de su titularidad, registrada como marca para distinguir todos los productos de la clase 30 Internacional y reconocida como marca notoriamente conocida, de acuerdo con las pruebas aportadas a este proceso.

En este orden de ideas, el vocablo “COLOMBINA”, es el que le da la aptitud distintiva y diferenciadora a la marca “COLOMBINA IMPERIAL”, precisamente por su grado de notoriedad frente al público consumidor, convirtiéndose el término “IMPERIAL” en algo adicional a dicha marca notoria.

Aunado a lo anterior se tiene que el consumidor medio de los productos de la clase 30 Internacional, inmediatamente va a relacionar el signo “COLOMBINA IMPERIAL” con la marca notoria “COLOMBINA”, y a su vez va a pensar, que su titular COLOMBINA S.A., sacó una nueva marca al mercado de alimentos derivada de la notoriamente conocida, para distinguir los mismos productos.

Además, se precisa que la marca notoriamente conocida se encuentra revestida de una protección especial, respecto a las marcas comunes, tanto es así que la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su artículo 83 literales d) y e), salvaguarda su prestigio, contra la reproducción, imitación, traducción o transcripción, total o parcial, o similitud de la misma, sin importar la clase de producto o servicio de la Clasificación Internacional de Niza, que el signo solicitante pretenda distinguir en el mercado.

Igualmente, se recuerda que se debe tener en cuenta en el análisis respectivo, tanto las disposiciones que regulan la cancelación por no uso como las que rigen para las marcas notoriamente conocidas, cuestión que no hizo la Administración, al omitir valorar las pruebas aportadas por la sociedad actora sobre la notoriedad de la marca “COLOMBINA”.

De acuerdo con los presupuestos jurídicos antes referidos, los cuales a juicio de la Sala son lo suficientemente claros e instructivos, deberá modificarse el criterio adoptado en la sentencia de 12 de marzo de 2009,

en pro de defender el status de las marcas notorias en Colombia. Y así se considere que tal marca no haya sido usada para el café o sus derivados, como lo anota el Tribunal de Justicia Andino, es necesario proteger a este tipo de marcas, ya que no sólo es deber resguardar el esfuerzo de su titular, sino salvaguardar al público consumidor, quien relacionará de inmediato la marca con el tradicional y conocido fabricante. Además, proceder a su cancelación por no uso, generaría admitir el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, por parte de un tercero, para promocionar sus productos.

En este orden de ideas, los actos acusados expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio no se ajustan a la legalidad requerida en la normativa Andina, respecto a la cual se reitera, debe analizarse teniendo en cuenta coetáneamente las disposiciones que regulan la cancelación por no uso y las que rigen para las marcas notoriamente conocidas...».

*María Elizabeth García González, María Claudia Rojas Lasso,
Marco Antonio Velilla Moreno.*

ACCIONES CONTRA REGISTROS MARCARIOS QUE INVOLUCRAN CAUSALES DE NULIDAD RELATIVA

Improcedencia de su desistimiento

20 de junio de 2013

Radicación: 11001-03-24-000-2008-00349-00

...«Conforme a la Doctrina el principio de legalidad, en términos generales, lo constituye el sometimiento de los órganos y sujetos del derecho público a la normativa del Estado, la cual, a su vez, ostenta una estructura jerárquica cuyo estrato superior está representado por la Constitución, y en cuyo escalafón cualquier norma debe sujetar su contenido jurídico a todas las normas superiores. Tanto la sujeción a la Ley como la composición normativa jerarquizada son los elementos fundamentales del llamado “Estado de Derecho”, noción que, en un sentido más general, envuelve la idea “Estado como ordenamiento jurídico”, es decir, como orden de personas, de cosas y de situaciones, regidas de acuerdo con las reglas de derecho.

De acuerdo con lo anterior, las prerrogativas en las ventajas o privilegios de que gozan los entes administrativos frente a los administrados, tienen su fundamento en los cometidos de interés general que deben cumplir aquéllos. La función pública en beneficio de la comunidad constituye la razón suficiente de la desigualdad, ya que en último término, se plantea aquí la eterna disyuntiva enunciada por el principio general del derecho según el cual el interés privado debe ceder al interés general cuando quiera que ambos órdenes de intereses entren en conflicto.

El artículo 172 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina refleja la primacía del interés general sobre el particular, como se desprende su texto, que es del siguiente tenor:

“La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona y en cualquier momento, la nulidad absoluta de un registro de marca cuando

se hubiese concedido en contravención con lo dispuesto en los artículos 134 primer párrafo y 135.

La autoridad nacional competente decretará de oficio o a solicitud de cualquier persona, la nulidad relativa de un registro de marca cuando se hubiese concedido en contravención de lo dispuesto en el artículo 136 o cuando éste se hubiera efectuado de mala fe. Esta acción prescribirá a los cinco años contados desde la fecha de concesión del registro impugnado (...)” (la subraya es de la Sala).

Esta Sección, ha sostenido en reiteradas sentencias que es el interés general el que prima de acuerdo con las normas comunitarias. En efecto, entre ellas, la providencia de 28 de octubre de 2004 que recoge y adopta la sentencia de 27 de febrero de 1995 (expediente 3007, Consejero Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ), la cual indica lo siguiente:

“c) Como quiera que el objetivo fundamental de la publicación de los actos administrativos que conceden el registro de marcas es el de garantizar “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley” (art. 2º. C.C.A.) y es la concreción de dos de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, como son los de publicidad y contradicción en virtud de los cuales, en su orden, se establece el deber de las autoridades de dar a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este Código y la ley, “y que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir esas decisiones por los medios legales”, de ello cabe concluir sin lugar a dudas, que el término de caducidad para el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del Código de Comercio debe contarse a partir de la fecha de publicación del acto que concede el registro de la marca de que se trate y, en ningún momento desde la fecha de su expedición, más aún si se tiene en cuenta que de conformidad con lo previsto por los artículos 2º literal e) y 8º de la Ley 57 de 1985, los actos de las Superintendencias que tengan alcance o interés generales. “...sólo regirá después de la fecha de su publicación” (la subraya es ajena al texto).

Obsérvese que las razones aducidas, son claras, en lo tocante a que los actos administrativos emitidos por la Administración son de interés general y no particular, máxime si se tiene en cuenta, que las normas comunitarias exigen que los actos de concesión de registro de marcas, sean publicados en la Gaceta de Propiedad Industrial, para que cualquier persona pueda realizar eficazmente las funciones establecidas en dichas providencias y, que el papel fundamental del Consejo de Estado es pronunciarse o decidir acerca de la legalidad de tales actos y no sobre los conflictos entre particulares, en materia de registro de marcas, con el propósito de dilucidar

si con su expedición se afectan o no los intereses de los consumidores y de los competidores en un determinado mercado.

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que el encabezamiento de la norma transcrita en sus dos primeros incisos, expresa claramente que la autoridad nacional competente, es decir, el Consejo de Estado, decretará la nulidad relativa de un registro, cuando la marca se haya concedido en contravención del artículo 136 de la Decisión 486, o cuando ésta se hubiere efectuado de mala fe, lo cual, a no dudarlo, involucra el interés general que le asiste al público consumidor de no caer en error de confusión directa o indirecta y a los competidores en un mercado común, cuando la Administración ha concedido indebidamente una marca, cuyo registro le otorga la facultad de explotar los servicios o productos que los distingue, por expresa disposición de la ley supranacional.

Cabe resaltar que la marca no sólo representa un interés para su titular sino para el público consumidor, así como para los competidores en el respectivo mercado, donde tenga sus productos o servicios dicho titular. En otras palabras, está involucrado un sector económico que no podría funcionar correctamente si se encontrara afectado para una concesión ilegal de una marca otorgada por la Administración.

Para efectos de la nulidad relativa del registro de una marca, el artículo 172 de la Decisión 486 en su inciso segundo, se remite al artículo 136 *ibídem*, el cual establece: “ *No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:*

a) *Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación; (...)*”.

De la norma transcrita, donde aparentemente se protegen los intereses particulares, se infiere que su alcance va más allá de tales intereses, pues no sólo su protección se encamina a defender los “derechos de un tercero”, sino los del público consumidor y los de sus competidores, dado que la confusión que se pueda ocasionar entre dos marcas por ser idénticas o similares, trae complicaciones en el momento de adquirir los productos o recibir los servicios o de distribuirlos, que llegue a generar y afectar el interés general, no permitiendo que los consumidores distingan a los diferentes competidores en el mercado, ni concediéndole la alternativa de

poder seleccionar, de entre los productos o servicios ofrecidos el que más le interesa; y a los competidores, cuyos esfuerzos comerciales y publicitarios de posicionamiento de sus marcas en un mercado, se ven seriamente afectados económicamente, ante la posible ilegal concesión de un registro marcario por parte de la Administración.

Los anteriores argumentos, se refuerzan y apoyan en la interpretación 068-IP-2011, proferida por el Tribunal de Justicia Andino, allegada a este proceso, en el que se considera que debe interpretarse el artículo 136 literal a) de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, y de oficio el artículo 134 de la citada Decisión, en cuya segunda conclusión anota:

“No son registrables como marcas los signos cuyo uso en el comercio afectara el derecho de un tercero y que, en relación con éste, el signo que se pretenda registrar, sea idéntico o se asemeje a una marca ya registrada o a un signo anteriormente solicitado para registro, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, de donde resulta que no es necesario que el signo solicitado para registro induzca a confusión a los consumidores sino que es suficiente la existencia del riesgo de confusión y/o de asociación para que se configure la prohibición de irregistrabilidad” (las subrayas son ajenas al texto).

De la anterior precisión, se deduce claramente la defensa que debe hacerse no solo al tercer competidor afectado, sino, en especial, al público consumidor, respecto a lo cual es suficiente que para la autoridad competente exista el riesgo de confusión y/o de asociación, para que se presente la irregistrabilidad de la correspondiente marca.

Lo precedentemente expresado, da lugar para que esta Sala modifique su jurisprudencia y, en tal sentido deberá rechazarse la solicitud de desistimiento presentada por la parte actora...».

Marco Antonio Vellilla Moreno, María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala.

XXIX. REGISTROS SANITARIOS

VIAGRA

Los derechos que surgen del registro sanitario son precarios

4 de agosto de 2005

Radicación: 11001-03-24-000-1999-06015-01

...«[E] registro sanitario de medicamentos en cuanto a su aspecto instrumental y teleológico cabe decir que se trata de uno de los medios de policía administrativa mediante el cual el Estado puede ejercer su función y responsabilidad de velar por la preservación y mejoramiento de la salud humana, permitiéndole asegurarse de la idoneidad o eficacia, calidad, conveniencia, seguridad, adecuación y demás aspectos de los medicamentos para ese cometido, de suerte que en su otorgamiento prima el interés general, el bien común, el interés colectivo en la protección de la salud pública, enmarcado en la finalidad que al respecto se ha impuesto la Comunidad Andina en el sentido de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión, de modo que no busca atribuir derechos sobre el compuesto químico objeto del registro, como lo resalta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de allí que los derechos que a favor del titular se generen son derechos precarios, sujetos al interés general.

El artículo 2° del Decreto 677 de 1995 lo define como el documento público expedido por el INVIMA o la autoridad delegada, previo el procedimiento tendiente a verificar el cumplimiento de los requisitos técnicolegales establecidos en ese decreto, que faculta a una persona natural o jurídica para producir, comercializar, importar, exportar, envasar, procesar y/o expender los medicamentos cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de recursos naturales, productos de aseo, higiene y limpieza y otros productos de uso doméstico.

Según el artículo 14 *ibídem*, puede otorgarse para las siguientes modalidades:

- a) Fabricar;
- b) Importar y vender;
- c) Importar, envasar y vender;
- d) Importar, semielaborar y vender, y
- e) Semielaborar y vender.

Los registros enjuiciados en el sub lite son de la tercera modalidad, “Importar y vender”. (...)

El Tribunal, en la interpretación de los artículos 78 y 79 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo, en los cuales finca la actora la protección de la reserva de información relativa al producto VIAGRA cuya importación le fue autorizada, señala que en la normativa comunitaria respecto de los medicamentos existe “una forma de tutela parcial y relativa, menor a la prevista para las invenciones y los signos distintivos”, a fin de asegurar a su titular la posesión y uso de la información sobre los conocimientos en torno a los productos que fabrican o a los servicios que prestan, así como en lo que concierne a sus métodos de producción y a sus formas de distribución, regulada en términos del secreto industrial, no se extiende al producto farmoquímico o agroquímico cuya comercialización haya sido aprobada”, de modo que alcanza únicamente a los datos, y “no es atributiva de derechos de propiedad”.

Sobre el particular advierte que “En todo caso, la limitación de la posesión y su uso reservado de los datos, por parte de su titular, está dada en el interés colectivo por la protección de la salud pública; supuesto en el cual la autoridad competente, si lo estima necesario, podrá disponer su publicación”, y que la novedad en el uso de componentes químicos del producto nuevo amparado por un registro sanitario no constituye una invención, en el sentido de la artículo 1 de la decisión 344, pues si lo fuera la tutela comunitaria sería la de la patente y no la del secreto industrial, de modo que no se busca atribuir derechos sobre el compuesto químico en cuestión, sino asegurar a los consumidores la seguridad y eficacia de los productos que lo utilizan, en cumplimiento del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena y el artículo del Protocolo Adicional al Convenio Hipólito Unanue, que hacen obligatorio proteger la salud de los consumidores de ese tipo de productos que utilizan nuevos componentes químicos.

Significa lo anterior que la normativa comunitaria del registro sanitario de medicamentos no se ocupa de la propiedad intelectual o del secreto industrial respecto de los medicamentos, luego no es conducente pretender derivar del registro sanitario derechos de propiedad en ese campo de la actividad farmacológica. (...)

[E] Principio activo [es un] Compuesto o mezcla de compuestos que tiene una acción farmacológica, es decir, que tiene efectos de fármaco o medicamento. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como sustancia contenida en un fármaco o preparado, por obra de la cual ésta adquiere su peculiar propiedad medicinal.

Al no generarse derecho de propiedad intelectual sobre el producto químico o el medicamento, quiere decir que su principio activo no es susceptible de apropiación, es decir, no es patentable, y así lo precisó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su sentencia interpretativa de 26 de septiembre de 1997, proceso Núm. 15 IP – 95, al concluir que “En la normativa actualmente vigente (Decisión 344), y a partir de la Decisión 311 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la excepción a la patentabilidad respecto de los productos farmacéuticos fue consagrada en los términos de que: “No serán patentables:... las invenciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud” (artículo 7, párrafo e)”. (...)

[E]l Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina indica en este caso que los citados artículos hacen parte de “una forma de tutela parcial y relativa, menor a la prevista para las invenciones y los signos distintivos”, que busca asegurar a su titular la posesión y uso de la información sobre los conocimientos en torno a los productos que fabrican o a los servicios que prestan, así como en lo que concierne a sus métodos de producción y a sus formas de distribución, y que la normativa comunitaria disciplina bajo la figura del secreto industrial, pero advierte que “Esta forma de tutela no es atributiva de derechos de propiedad y, como quiera que alcanza únicamente a los datos, no se extiende al producto farmoquímico o agroquímico cuya comercialización haya sido aprobada”, y que “La prueba del uso comercial desleal de los datos corresponderá a quien la alegue”

Asimismo, que “En todo caso, la limitación de la posesión y su uso reservado de los datos, por parte de su titular, está dada en el interés colectivo por la protección de la salud pública; supuesto en el cual la autoridad competente, si lo estima necesario, podrá disponer su publicación.”

Que los artículos invocados disciplinan el supuesto especial de la comercialización de productos farmoquímicos y agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos y agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, y que se entiende que la entidad química cuya novedad exige el artículo 78 y que ha de formar parte de la composición del producto, no constituye una invención, en el sentido de la artículo 1 de la decisión 344, pues en caso de que lo fuera la tutela comunitaria sería la del patentamiento y no la del secreto industrial, de modo que la disposición no busca atribuir derechos sobre el compuesto químico en cuestión, sino asegurar a los consumidores la seguridad y eficacia de los productos que lo utilizan, en cumplimiento del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena y el artículo del Protocolo Adicional al Convenio Hipólito Unanue, que hacen obligatorio proteger la salud de los consumidores de ese tipo de productos que utilizan nuevos componentes químicos.

Pone de presente que los Países Miembros, en lugar de exigir la presentación de datos experimentales o de otro tipo para verificar la seguridad o eficacia de los productos farmoquímicos o agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, a los fines de aprobar su comercialización, se encuentran en libertad de establecer, sobre la base de la realización y presentación de estudios de bioequivalencia o de biodisponibilidad, procedimientos aprobatorios de carácter sumario.

Explica que se entiende por biodisponibilidad la velocidad y la magnitud con que un principio activo es un producto farmacológico y está disponible en el lugar de acción, mientras que por el estudio de bioequivalencia se intenta acreditar que dos formulaciones del mismo principio son terapéuticamente equivalentes, y en general se acepta que dos medicamentos son equivalentes en la velocidad y magnitud del principio activo que se absorbe y llega al lugar de acción donde produce su efecto, serán terapéuticamente equivalentes y podrán usarse sin distinción, de modo que serán equivalentes cuando presenten una biodisponibilidad similar en condiciones experimentales adecuadas, de forma que sus efectos en cuanto a seguridad y eficacia sean esencialmente los mismos.

Concluye que visto que tales estudios se hallan igualmente dirigidos a garantizar la eficacia y seguridad de los productos o agroquímicos que utilicen nuevos componentes químicos, su presentación, en el caso de que un País Miembro establezca procedimientos sumarios para aprobar la comercialización de tales productos, constituye un requisito imprescindible para aprobar la comercialización de tales productos.

Es decir, que son necesarios cuando existe en el País Miembro un procedimiento sumario para productos nuevos para cuya aprobación se permite que dichos estudios sustituyan la presentación de datos experimentales...».

*Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, Camilo Arciniegas Andrade,
Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, María Claudia Rojas Lasso.*

PROCESOS DE ELABORACIÓN Y ADOPCIÓN DE REGLAMENTOS TÉCNICOS

Se debe garantizar el derecho de participación en el proceso de elaboración y adopción del reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que debe cumplir la miel de abejas para consumo humano

4 de febrero de 2016

Radicación: 11001-03-24-000-2010-00329-00

...«(i) El derecho a la participación está consagrado en la Constitución Política como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho. El Estatuto Fundamental desde el Preámbulo dispone que el régimen constitucional Colombiano se desarrolla dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, principio que se reitera entre otros, en el artículo 1º, al disponer que Colombia es un Estado de Derecho democrático y participativo, y en el artículo 2º, que establece como uno de los fines esenciales del Estado “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*”.

El principio de participación democrática, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. Igualmente esa Corporación ha precisado que el derecho a la participación no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidan significativamente en el rumbo de su vida.

Este derecho se traduce como la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas.

(ii) El derecho a la participación es especialmente importante en el ámbito de los procedimientos administrativos de expedición de regulaciones, entre ellas, las de contenido económico. En estos escenarios aunque la intervención estatal por supuesto responde a finalidades superiores de interés general, es importante conceder a los interesados que mejor conocen del tema espacios de participación para que expresen ante las autoridades sus opiniones y aporten sus conocimientos en la materia respectiva, en orden a enriquecer el proceso de construcción de las regulaciones estatales que se vayan a adoptar.

En este ámbito de las regulaciones económicas es en efecto importante que los interesados en ellas manifiesten de manera oportuna y efectiva su posición sobre la materia que se va a regular y sobre el contenido y las implicaciones de la futura regulación. Si bien el Estado conserva la facultad de decidir de manera autónoma y unilateral cuál es la regulación que promueve el interés general, y las opiniones de quienes participaron en el proceso de su elaboración y adopción en ningún caso son obligatorias para el regulador, la información y las opiniones de quienes conocen el sector son un insumo importante para la calidad de la regulación, su impacto y su eficaz implementación.

La participación de los interesados en la adopción de las decisiones administrativas que los afecten, como los Reglamentos Técnicos, promueve varios valores de relevancia constitucional, dentro de los cuales se destacan los siguientes: La *transparencia*, del cual a su vez dependen valores tales como la legitimidad del proceso regulatorio y la posibilidad de adoptar decisiones de manera óptima y eficiente. La *imparcialidad*, entendida como la ausencia de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de algunos de los eventuales afectados por el proceso de regulación, la cual permite la protección del derecho a la igualdad durante el proceso regulatorio. La *eficiencia* en lo que tiene que ver con información suficiente para adoptar la mejor decisión. Y el *pluralismo*, que busca la representación de los distintos sectores económicos y grupos sociales afectados por la regulación y la valoración de las distintas perspectivas sobre un mismo problema.

En esta misma dirección, se ha destacado en la doctrina que la participación en los procedimientos administrativos tiene un papel legitimador de las decisiones públicas y juega un rol importante en la eficacia y eficiencia administrativa:

(iii) La normativa jurídica examinada en el capítulo precedente contiene disposiciones dirigidas a garantizar la participación de los interesados en el

proceso de elaboración y adopción de los Reglamentos Técnicos, las que se encuentran en armonía con el postulado constitucional atrás enunciado, conforme al cual es un fin esencial del Estado *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”*.

En efecto, la Resolución 03742 de 2001 de la SIC en su artículo 2º establece los criterios y condiciones materiales para la expedición de un Reglamento Técnico, cuyo cumplimiento debe ser verificado por la entidad competente para su expedición. Precisa esta disposición que “[l]a manera como fundamento el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones materiales previstas debe detallarse en las consideraciones del Reglamento Técnico, precisando las fuentes que sustenten el cumplimiento”.

Entre los criterios y condiciones materiales a que se refiere esta norma se encuentra la determinación del grupo o sector de personas o empresas que sería afectado por el Reglamento Técnico y el grado de afectación (núm. 7).

Además, el artículo 4º de la Resolución establece los criterios y condiciones formales de los Reglamentos Técnicos, entre los que se encuentra haber dado oportunidad a los sectores e interesados, por un lapso no inferior a diez (10) días, para formular comentarios y observaciones al proyecto de Reglamento Técnico (núm. 1).

(iv) En el presente asunto, al revisar el expediente, encuentra la Sala que el Ministerio de la Protección Social no dio estricto cumplimiento a las exigencias antes mencionadas.

En efecto, en los antecedentes administrativos solo consta la decisión del Ministerio de la Protección Social de dar publicidad al proyecto de Resolución *“Por el cual se establece el reglamento técnico sobre los requisitos sanitarios que debe cumplir la Miel de Abejas para consumo humano”* a través de su publicación en su página web por el término de un mes, durante el cual se recibirían observaciones (de esto da cuenta el Oficio 245376, sin fecha, dirigido por el Director General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social a la Oficina Asesora de Comunicaciones de ese Ministerio), y la presentación de un documento de observaciones por parte de la empresa Alpina S.A. (documento sin fecha y que no aparece suscrito por persona alguna) que fue estudiado por la Subdirección de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA, a solicitud del Ministerio, según aparece en el Oficio número 400-01034-2009 radicado en este organismo el 26 de mayo de 2009, documento al que se acompaña un cuadro con los comentarios del INVIMA frente a dichas observaciones.

Sin embargo, no encuentra la Sala que la autoridad administrativa que expidió el Reglamento Técnico demandado haya determinado expresamente en sus consideraciones el grupo o sector de personas o empresas que sería afectado por dicho acto jurídico y el grado de su afectación, desconociendo de esta forma lo establecido en el artículo 2º de la Resolución 03742 de 2000 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que ordena cumplir con esa medida. Tampoco se expresa en las motivaciones de la resolución demandada que el Reglamento Técnico no afecta ningún grupo o sector específico, lo cual bien pudo señalarse si ello era lo que ocurría en este caso. Y al revisar el expediente que contiene los antecedentes administrativos de la Resolución 1057 de 2010, ni siquiera se observa documento alguno en el que se determine el efecto económico u otro de distinta naturaleza que supondría la adopción del Reglamento Técnico, ni el grupo o sector de personas empresas afectadas o éste, ni el grado de su afectación.

Debe destacar la Sala, a propósito del cargo que se examina, que las exigencias de identificación de los afectados y de consulta a éstos, previstas en la Resolución 03742 de 2001 de la SIC, se encuentran entrelazadas a efectos de cumplir la finalidad de la participación en el proceso de elaboración y adopción de los Reglamentos Técnicos: solo a partir de una debida identificación del grupo o sector afectado con la reglamentación se puede surtir de manera adecuada el proceso de consulta y facilitar su participación dentro del proceso de toma de decisión. Para alcanzar el propósito de la participación en esta materia, esto es, que la Administración cuente con elementos de juicio y argumentos pertinentes que permitan adoptar una determinación objetiva, racional y ponderada, no es suficiente una convocatoria general a cualquier persona, como la hecha en este asunto, sino que resulta necesario el llamado efectivo de quienes hacen parte del grupo o sector afectado con el Reglamento Técnico.

En este asunto, como quedó señalado, es evidente que el Ministerio de la Protección Social desconoció los estrictos parámetros establecidos en la Resolución 03742 de 2001 de la SIC para la elaboración y adopción del Reglamento Técnico aprobado mediante el acto administrativo demandado, los cuales no constituyen una mera formalidad en la expedición del acto administrativo sino un requisito sustancial relevante para la efectividad del derecho a la participación de los afectados con decisiones como esta.

Por consiguiente, prospera el cargo de nulidad de violación del artículo 2º de la Resolución 03742 de 2001 de la SIC...».

*María Elizabeth García González,
María Claudia Rojas Lasso, Guillermo Vargas Ayala.*

XXX. SERVICIOS PÚBLICOS

SERVICIO PÚBLICO DE VIGILANCIA

No podrán funcionar en el territorio nacional empresas o sociedades privadas que tengan por objeto prestar servicios de vigilancia en calles o lugares públicos

25 de agosto de 1970

Radicación: CE-SEC1-EXP1970-N1234

...«Si bien es cierto que la Sala Decisoria halló configurado el quebrantamiento de la norma del Decreto 1667, que ordenó fomentar este tipo de organizaciones particulares, también lo es que un estudio más hondo y minucioso del problema puede conducir a conclusiones opuestas que den prevalencia a tesis diferente. En efecto: Conviene destacar como premisa el carácter comercial de la vigilancia particular que ha venido prestándose como servicio privado que se cobra comercialmente por las sociedades dedicadas a ello. La garantía de la Constitución a la libertad de empresa no puede llegar al punto de entregar a la actividad privada la defensa de la vida y de los bienes de los asociados como que es obligación del Estado mismo que no puede declinar en vigilantes particulares a quienes se dota y permite el porte de armas y, consecuentemente, su uso eventual. Porque además de ser ello una cuestión de principios recogidos en las legislaciones modernas democráticas o no, sería a la luz de ellos inconcebible que empresas privadas tengan, con miras comerciales, la responsabilidad de vigilar la integridad física de los habitantes y sus propiedades u hogares.

A los vigilantes se entrega por este sistema un poder extra constitucional y excesivo y armas que pueden ser bien o mal empleadas sin directo control de las autoridades. Por otra parte, repugna a la cultura cívica que oficio esencial de la Policía pagada con la contribución ciudadana, se desempeña por sociedades particulares como si se tratara de oficios o menesteres comunes u ordinarios.

Por lo demás, la reconocida inseguridad reinante tiene maneras de combatirse por medios diferentes, como serían los de fortificar los recursos de la Policía, complementar su dotación y aumentar su personal, capacitándole convenientemente. Aparecería en verdad contradictorio que se hayan realizado esfuerzos muy notables nacionalizando empresas de servicio público como teléfonos, acueductos y energía eléctrica, y sin embargo continúe en manos privadas la prestación del elemental y más caracterizado servicio público como es el de velar por la integridad de la persona humana y la seguridad de sus propiedades o residencias.

Ciertamente, el citado Decreto de 1966, adoptado como Ley, expresa en su artículo 16 que “La Policía Nacional fomentará las organizaciones particulares de auto-defensa y cooperación con el servicio de vigilancia y supervigilará al desarrollo de sus actividades”. Más nótese primeramente que esta norma no impuso al Estado la obligación de prestar el servicio de vigilancia en cooperación con los particulares, sino a la Policía Nacional la de fomentar organizaciones de auto defensa y cooperación con tal servicio. Y la diferenciación, por el aspecto constitucional, es importante y no escapa al sentido crítico. ¿Qué es fomentar? En la acepción pertinente del Diccionario de la Real Academia, es “excitar, promover o proteger una cosa”. Entonces, ¿qué alcance tiene el mandato del Art. 16 del Decreto aludido? Ninguno otro diferente para la Policía Nacional y no para el Estado mismo, de fomentar las organizaciones particulares “de auto defensa y cooperación” con el servicio de vigilancia, como lo rezan sus voces. Muchas maneras habrá de fomentar esas organizaciones, diferentes a la que tanto la demanda como el auto de suspensión provisional interpretan como manera excluyente. Está v. gr. la Defensa Civil de amplia resonancia en el país y algunas otras.

Pero lo que si no podrá hacerse será interpretar ese mandato del Decreto 1667 en el sentido de obligación para el Estado contrariando la norma constitucional del Art. 16 de la codificación, vigente en las Cartas fundamentales de la República desde tiempos pretéritos. Fomentar tampoco implica tolerar aquellas organizaciones que no se ajusten a la finalidad perseguida. Es cierto, como lo apunta la vista Fiscal que “la vigilancia sigue siendo función primordialmente desarrollada por el Estado; pero se prevé y aún se desea que exista una cooperación en ese importante servicio por parte de los particulares o personas de derecho privado”. ¿Pero qué clase de cooperación, se pregunta la Sala? ¿Lo dice acaso la norma que se estima violada? Lo dice con precisión alguna otra? No será, desde luego, una cooperación que tienda a trasgredir y de hecho quebrante el mandato constitucional

Por otra parte, el acto acusado que lo es el Decreto 250 de 1969 afirma en sus considerandos que el Gobierno Nacional permitió por medio de varios actos la coadyuvancia por parte de organizaciones particulares para prestar servicios de vigilancia y que esa coadyuvancia “resultó inoperante y desviada de los objetivos previstos”. Y forzoso será dar crédito a semejantes afirmaciones del Gobierno porque el acto que las contiene está amparado por la presunción de legalidad y por la de veracidad, sin que en este juicio haya elemento probatorio de ninguna clase que las desvirtúe. El Decreto sub-judice estimó inoperante y desviada de sus objetivos la coadyuvancia ya dicha, lo cual se ratifica en la nota No. 001 568 del Jefe del DAS al Consejo y en el memorando acompañado en ella visible a los folios 20 y siguientes del juicio No. 1261 acumulado. Ante afirmaciones tales, no desvirtuadas en los expedientes que se estudian, ¿podrá continuar afirmándose que debe fomentarse una actividad contra el bien común, contra las conveniencias públicas y de contra la Constitución Nacional? No lo cree así la Sala.

Para la Fiscalía resulta un tanto excesiva la prohibición total del Decreto demandado y considera que el remedio no está en la abolición definitiva de esas entidades sino en una regulación completa y estricta de su funcionamiento. Decir, por una parte, que resulta un tanto excesivo, no es afirmar que resulta ilegal ni trasgresora de norma superior, sino más o menos rigurosa en apreciación personal. E insinuar el remedio y cómo puede aplicarse, no está dentro de la órbita jurisdiccional, y sólo compete discrecionalmente al Gobierno hallar el remedio y aplicarlo.

No sobra, aludir a algunos de los razonamientos que sustentaron el auto de 22 de mayo de 1969 y que en la providencia de suspensión provisional dejaron de examinarse. Expresaron ellos que doctrinantes y tratadistas se acuerden en considerar los servicios de la justicia, la defensa y la policía como esenciales dentro de los cuales está excluida la coparticipación de particulares y que nuestra Carta acoge. El poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la seguridad, la vigilancia, etc. Por otra parte, los servicios públicos esenciales, la policía entre otros, se prestan ajenos a la mira utilitaria o comercial y se sostienen con la contribución ciudadana. Por mandato de la Constitución las autoridades, y la policía es una de ellas, están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. En desarrollo de este principio y tomada por su aspecto más amplio, la función de policía es la potestad del Estado para el ordenamiento de las actividades

individuales a fin de garantizar el conjunto de elementos sociales necesarios al bienestar y desarrollo de la actividad ciudadana. Estos principios excluyen la participación privada en la prestación de los servicios esenciales. Y, si como la demanda lo reconoce, y aparece claro en el expediente las sociedades actoras son entidades comerciales de vigilancia privada, cabe aplicarles la norma constitucional y decir que su interés privado debe ceder al interés público o social, superior a cualesquiera otras consideraciones.

Si el Decreto acusado considera que la coadyuvancia resultó inoperante y desviada de los objetivos previstos en ordenamientos anteriores, bien puede, invocando la norma constitucional superior suprimirla o restringirla sin que quepa decir que con ello se afectan situaciones jurídicas establecidas, ni derechos económicos de los particulares. El fomento de esta clase de actividades auxiliares y su estímulo, previsto en el Decreto 1667, no implica en manera alguna que se hayan concedido derechos a personas que a la fecha de ese decreto no existían y que para su constitución debían anteladamente someterse a las reglamentaciones que hubieran de dictarse. De ahí por qué no se encuentra la violación que se predica.

Por lo demás, aludiendo a la denominación que los actores dan al servicio que dicen de vigilancia privada, debe expresarse que el concepto de privada, por oposición al de pública, indica que la tal vigilancia cuyo fomento se dispuso en las normas analizadas, se reduce a su prestación con límite en residencias e interiores, no en calles y lugares públicos y así se tiene que el Decreto acusado no la desestimula, antes bien ordena que se continúe fomentando como lo previene su artículo tercero y solamente la suprime en calles o lugares públicos.

Finalmente, fluye con toda claridad que no aparece que el Decreto en juicio viole las normas contenidas en los Arts. 17 y 39 de la Constitución Nacional el primero de los cuales ofrece especial protección del Estado al trabajo protección que en manera alguna se afecta en este caso, como es obvio; y el segundo que garantiza la libre escogencia de profesión u oficio y que desde luego tiene las restricciones que allí mismo se consagran, más severas y minuciosas en tratándose de un servicio público a cargo del Estado que debe ejercerse bajo su control y vigilancia. Quien escoge libremente profesión u oficio sabe de antemano que deberá hacerlo con sujeción a reglamentos preestablecidos de ineludible observancia...».

*Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao (Salvamento de Voto),
Jorge Dávila Hernández, Lucrecio Jaramillo Vélez.*

**FONDO DE SOLIDARIDAD PARA SUBSIDIOS
Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS**

*Improcedencia del reconocimiento de rendimientos financieros de los subsidios
que otorgan las empresas de servicios públicos*

30 de octubre de 2003

Radicación: 25000-23-24-000-2000-00636-01(8867)

...«En la Resolución 312 de 24 de abril de 2002, mediante la cual se agotó la vía gubernativa, el Ministerio de Minas y Energía fundamentó su decisión de no reconocer intereses sobre los subsidios concedidos por la actora a los usuarios del servicio de gas de los estratos 1 y 2, así: “...

“No existe en la legislación vigente una disposición que obligue al Estado a reconocer intereses por las transferencias hechas a las empresas de servicios públicos domiciliarios una vez reconocidos subsidios por menores tarifas, primero, porque el Estado reconoce dichos recursos en forma absolutamente reglada y en la medida que exista apropiación presupuestal para tal fin, segundo, los recursos así reconocidos por el Estado son de origen presupuestal, ostentan la calidad de recursos públicos y se catalogan como impuestos, por tanto, no es posible obligar al Estado a reconocer intereses desde el momento en que se materializa la respectiva apropiación presupuestal, tal y como se pretende por parte de la empresa Gas Natural S.A. E.S.P.

“Por otra parte, el pago es uno de los modos de extinguir los vínculos obligatorios y consiste en el cumplimiento mismo de las prestaciones. En efecto, el artículo 1626 del Código Civil estableció que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe. En este orden de ideas, todo pago supone una obligación preexistente que le sirve de causa, pues de no existir esta, dicho pago es inválido.

“En consecuencia, en este caso, al no existir obligación por parte del Estado de pagar subsidios, no existe por ende obligación de pago de intereses, teniendo en cuenta que éste es uno de los modos de extinguir las obligaciones y en este caso no existe una obligación preexistente que le sirva de causa al Estado, toda vez que no

existe la norma debida que lo habilite a pagar intereses por la tardanza en el pago de los subsidios que decida conceder para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios.

“El artículo 6 de la Constitución Política, establece que los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les ordena la Constitución Política, la ley y los reglamentos.

“En este orden de ideas, entendiendo que: (i) el pago total de la deuda comprende los intereses e indemnizaciones que se debe; y (ii) que en este caso, no existe una obligación que deba extinguirse a través de un pago; como quiera que ni legal ni constitucionalmente existe obligación a cargo de la Nación de reconocer intereses sobre el monto de los subsidios concedidos en el Presupuesto Nacional, no existe pues la obligación del Ministerio de reconocer el pago de intereses solicitados por la empresa Gas Natural S.A. E.S.P.

“Lo anterior por cuanto la obligación del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, no es la de extinguir obligaciones de carácter dinerario, ya que de acuerdo con las normas legales aplicables, cumple una función totalmente reglada de redistribución de los recursos públicos.

“Resulta entonces importante hacer énfasis en que no existe disposición legal que autorice el gasto de rendimientos financieros, y en consecuencia, de conformidad con el artículo 346 de la Constitución Política no puede incluirse esta partida dentro del Presupuesto General de la Nación.

“Por lo tanto, los funcionarios del Estado sólo pueden hacer lo que estrictamente les ordene la ley y los reglamentos, pues ellos al contrario de los particulares, necesitan estar legitimados en sus actos por la Constitución, las leyes o los reglamentos y no pueden bajo ningún pretexto, improvisar atribuciones ajenas a su competencia.

“En este orden de ideas, no es posible reconocer intereses por la demora en el pago”.

A juicio de la Sala, le asiste razón al Ministerio de Minas y Energía cuando afirma que a la actora no le son aplicables las normas contenidas en el Código Civil respecto del pago de las obligaciones, pues aquí no se trata de una relación entre particulares, sino entre un particular y el Estado, el primero de los cuales conoció desde un principio las reglas del juego, y nada dijo respecto del no reconocimiento de intereses a los subsidios otorgados.

En efecto, la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios), en su artículo 89.3 y 89.8 dispuso:

“89.3. Los recaudos que se obtengan al distinguir, en las facturas de energía eléctrica y gas combustible, el factor o factores arriba dichos, y que den origen a superávits, después de aplicar el factor para subsidios y sólo por este concepto, en empresas oficiales o mixtas de orden nacional y privadas **se incorporarán al presupuesto de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en un “fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos”**, donde se separen claramente los recursos y asignaciones de estos dos servicios y que el congreso destinará, como inversión social, a dar subsidios que permitan generar, distribuir y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados del petróleo”.

“89.8. En el evento de que los ‘fondos de solidaridad y redistribución de ingresos’ no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, **la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal.** Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos”(los resaltados son de la Sala).

Por su parte, el Decreto 3087 de 1997, “por el cual se reglamentan las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible por red física”, en sus artículos 2º y 12 se refiere, respectivamente, al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos y a los criterios con los que el Gobierno asignará los subsidios, así:

“Artículo 2º Naturaleza del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos para los servicios de energía eléctrica y gas combustible por red física. El Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación Ministerio de Minas y Energía, de que trata el artículo 89.3 de la Ley 142 de 1994 es un fondo cuenta especial de manejo de recursos públicos, sin personería jurídica, sujeto a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Nacional, el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y las demás normas legales vigentes; cuenta en la cual se incorporarán en forma separada y claramente identificable para cada uno de los servicios públicos domiciliarios de energía

eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, los recursos provenientes de los excedentes de la contribución de solidaridad una vez se apliquen para el pago de la totalidad de los subsidios requeridos en las respectivas zonas territoriales”.

“Artículo 12. Criterios de asignación. El Ministerio de Minas y Energía definirá los criterios con los cuales el Gobierno Nacional asignará los recursos del presupuesto nacional destinados a sufragar los subsidios, y propondrá la distribución en concordancia con lo establecido por la Ley 142 de 1994 y por este decreto, pero siempre se deberá tener en cuenta para su asignación, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios recursos.

Parágrafo. Cuando el monto de los recursos apropiados en el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, y en los presupuestos departamentales, distritales y municipales no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios previstos, la entidad prestadora de los servicios públicos domiciliarios, deberá prever el plan de ajuste tarifario requerido.

A su turno, la Resolución 8-1960 de 13 de octubre de 1998 “Por la cual se reglamenta el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos”, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, en relación con los recursos de dicho Fondo estableció:

“Artículo 7°.- Consignación de los recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos. Los recursos que por mandato de la ley y de los reglamentos son propiedad del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, deberán ser consignados en los plazos establecidos, en las cuentas que para tal efecto establezca el Ministerio de Minas y Energía, o quien este designe como administrador del fondo.

“De igual forma, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 179 de 1994, se deberá girar la totalidad de los rendimientos financieros generados por esos recursos, calculados según la tasa promedio de captación de los últimos doce (12) meses certificada por la Superintendencia Bancaria”.

El artículo 47 de la Ley 179 de 1994 “por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989 Orgánica de Presupuesto” a la que alude la norma anterior, prescribe:

“Artículo 47. La Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, elaborará mensualmente un estado de resultados de sus operaciones financieras, con el cual se harán las afectaciones presupuestales correspondientes.

Pertenecen a la Nación los rendimientos obtenidos por el Sistema de Cuenta Única Nacional, así como los de los órganos públicos o privados con los recursos de la Nación con excepción de los que obtengan los órganos de previsión social”.

Examinadas las anteriores disposiciones, la Sala observa que ninguna de ellas hace alusión a los rendimientos financieros de los subsidios que otorgan las empresas prestadoras de los servicios públicos a los estratos 1 y 2, los cuales son compensados con las contribuciones de los estratos 5 y 6 y comerciales e industriales.

Contrario sensu, tal y como lo sostiene la actora, los recursos que las empresas prestadoras de servicios públicos tengan a título de superávit sí producen unos rendimientos financieros, los cuales le deben ser girados a la Nación. Esto demuestra que el querer del legislador fue el de que respecto de los subsidios a rembolsar no se reconozcan rendimientos financieros, pues, de haber sido esa su intención lo habría dispuesto, como lo hizo para los recursos que constituyen superávit.

Además, no debe olvidarse que la concesión de subsidios se rige por los principios de solidaridad y redistribución del ingreso, a los cuales no pueden se ajenas las empresas de servicios públicos, si se tiene en cuenta que los recursos obtenidos a título de contribución pueden ser utilizados no sólo para subsidiar a los usuarios de la respectiva empresa, sino que en caso de superávit pueden extenderse a otros usuarios o al Fondo de Solidaridad.

El principio de solidaridad tiene consagración constitucional, y es así como el artículo 1º establece que Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Concluye la Sala que si bien la Nación en últimas tiene que reconocer a las empresas de servicios públicos domiciliarios los subsidios que no logren compensarse con las contribuciones o los superávits de otras empresas, también lo es que ello no conlleva la obligación de pagar rendimientos financieros por la posible demora en su pago, pues no existe disposición legal sobre el particular...».

*Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel E. Mendoza Martelo,
Olga Inés Navarrete Barrero, Manuel S. Urueta Ayola.*

FONDO DE SOLIDARIDAD PARA SUBSIDIOS Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS

Rendimientos financieros e intereses en superávit de subsidios

22 de marzo de 2007

Radicación: 25000-23-24-000-2000-00240-01(8681)

...«4.2. RÉGIMEN DE LA OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR LOS EXCEDENTES AL FONDO DE SOLIDARIDAD PARA SUBSIDIOS Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS (FSSRI)

La Ley 286 /1996 (art. 5º) reguló la obligación de transferir al FSSRI los superávit de la contribución de solidaridad recaudada de los usuarios del servicio de gas combustible, y dispuso que la empresa cubrirá *trimestralmente* los subsidios con la contribución recaudada, y entregará al Fondo el excedente o superávit —si lo hubiere— «dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral»:

LEY 286 /96

«ARTÍCULO 5o. **Las contribuciones que paguen** los usuarios del servicio de energía eléctrica pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial regulados y no regulados, **los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial, y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores,** y los usuarios de los servicios públicos de telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, **son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física o de telefonía básica conmutada y serán utilizados por las empresas distribuidoras de energía, o de gas, o por las prestadoras del servicio público de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes los aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos I, II y III áreas urbanas y rurales.**

Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, **para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial, hubiere excedentes, estos serán transferidos** por las empresas distribuidoras de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física, **dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al «Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos» de la Nación (Ministerio de Minas y Energía),** y su destinación se hará de conformidad con lo establecido en el numeral 89.3 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de telefonía básica conmutada para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al «Fondo de Comunicaciones del Ministerio» de la Nación (Ministerio de Comunicaciones) el cual los destinará como inversión social al pago de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos I, II y III, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994».

Se trata, pues, de una obligación a término (45 días), y cuyo monto se determina trimestralmente por el excedente resultante de la conciliación entre lo recaudado por la contribución y el pago de subsidios.

Si la Empresa incurre en mora, pagará intereses moratorios comerciales (artículo 5°, Decreto 3087 /1997).

4.3. LA OBLIGACIÓN DEL FSSRI DE PAGAR EL DÉFICIT A LA EMPRESA

El artículo 89 de la Ley 142 también contempló el evento de registrarse un déficit luego de que la empresa hubiera aplicado el recaudo de la contribución al pago de subsidios, y dispuso que se cubra con recursos de los presupuestos nacional, departamental o municipal. El texto primitivo del artículo 89.8 de la Ley 142 (vigente para la época), era este:

«89.8 En el evento de que los «fondos de solidaridad y redistribución de ingresos» no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, **la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal.** Lo

anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos.

PARÁGRAFO. [...] »

Para la Sala, esta norma obligaba al Estado a cubrir a las empresas el déficit ocasionado por el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos.

No asiste razón al Ministerio de Minas en sostener que, causado el déficit, pueda el Estado dejar de cubrirlo.

El propio Ministerio reglamentó en su Resolución 8-1960 de 1998 (13 de octubre) el pago de los déficit a las empresas, contemplando la posibilidad de que el Fondo dé instrucciones a empresas con superávit para que hagan giros a las empresas deficitarias. El procedimiento es el siguiente: Al finalizar cada trimestre del año calendario, las empresas cortarán y conciliarán las cuentas de subsidios y contribuciones recaudadas en el mismo período, y deberán presentar al FSSRI el resultado de esta conciliación dentro de los 2 meses siguientes (art. 2°). Las personas que presenten excedentes los girarán a las empresas que el FSSRI determine y que «presenten faltantes en subsidios», y el giro se hará a más tardar el día hábil siguiente (art. 3°). Si el déficit presentado por la empresa fuere mayor que el estimado por el Ministerio, se girará a la empresa el importe de éste último, sin perjuicio de posteriores justificaciones.

En el caso concreto, esta normativa fue aplicada por las partes así: GAS NATURAL concilió las cuentas de subsidios y contribuciones por el tercer trimestre de 1998 (1 de julio a 30 de septiembre) y presentó al Ministerio su resultado deficitario el 30 de noviembre de 1998 (dentro de los 2 meses siguientes). El Ministerio (FSSRI) aceptó o validó el déficit mediante Oficio de 22 de diciembre de 1998, en que ordenó un primer pago parcial, y el saldo lo pagó el 15 de enero de 1999.

La Sala considera que sí existen sendos plazos legales para que el FSSRI primero resuelva la petición de reconocimiento, y después pague el déficit validado.

En cuanto al primero, a falta de disposición en la normativa especial examinada, el Ministerio debía resolver la petición de reconocimiento del

déficit en el término de 15 días fijado en el artículo 6° CCA. Así lo hizo, el 22 de diciembre de 1998. Incluso habría podido postergar su decisión respetando lo dispuesto en este artículo.

Y respecto del plazo para pagar, a falta de norma especial debía aplicarse el artículo 99.8 de la Ley 142, que establece el de 30 días para transferir a las empresas los recursos destinados a pagar subsidios, contado desde la expedición de la factura a cargo del municipio. No obstante la referencia a esta entidad territorial, la norma es aplicable a la Nación, pues el primer inciso del artículo 99 ídem determina que sus reglas son aplicables a las entidades relacionadas en el artículo 368 de la Constitución. Validado el déficit, el FSSRI contaba con un plazo de 30 días para pagar, computado desde el 22 de diciembre de 1998 y que aún no había expirado a 15 de enero de 1999, cuando completó el pago.

El Tribunal erró por considerar que la Nación incurrió en mora y por computarla desde el 1 de octubre de 1998, cuando GAS NATURAL ni siquiera había presentado solicitud de reconocimiento del déficit, y menos aún habrían comenzado a correr los plazos con que contaba el Ministerio para validarlo y pagarlo.

No existió mora de la Nación y, por tanto, se revocará la sentencia apelada.

En ocasión anterior la Sala, interpretando esta normativa y en especial el artículo 7° de la Resolución 8-1960 de 1998 del Ministerio de Minas, juzgó que las empresas debían girar los superávit junto con los rendimientos financieros devengados; pero que en parte alguna se dispuso que los déficit darían lugar al pago de rendimientos. La norma decía así:

«Artículo 7°. *Consignación de los recursos del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos. Los recursos que por mandato de la ley y los reglamentos son propiedad del Fondo de solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, **deberán ser consignados en los plazos establecidos**, en las cuentas que para tal efecto establezca el Ministerio de Minas y Energía, o quien este designe como administrador del fondo.*

*De igual forma, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 179 de 1994, **se deberá girar la totalidad de los rendimientos financieros generados por esos recursos**, calculados según la tasa promedio de captación de los últimos doce (12) meses certificada por la Superintendencia Bancaria».*

La Sala precisa ahora su criterio a este respecto. Ha de distinguirse entre los «rendimientos financieros» (devengados por los superávits durante el plazo de que disponen las empresas para girar estos últimos al Fondo) y los «intereses moratorios» que se causan a partir del vencimiento de dicho plazo. Los rendimientos financieros devengados por los superávits mientras estos permanecen en manos de las empresas no son más que los *frutos o accesorios* de tales dineros públicos, que igualmente pertenecen a su propietario. En cambio, los intereses moratorios son la *indemnización de perjuicios* ocasionados al acreedor por la mora. El Estado deudor no está dispensado de este deber: por el contrario, el artículo 90 de la Constitución le impone responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputables.

Sin embargo, en el caso presente no existió mora de la Nación...».

Martha Sofía Sanz Tobón, Camilo Arciniegas Andrade, Gabriel E. Mendoza Martelo (Aclaración de voto), Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

*No es superior jerárquico de las empresas sino superior funcional.
Su competencia para conocer el recurso de apelación es excepcional
y no se extiende a la revocatoria directa*

23 de agosto de 2007

Radicación: 25000-23-24-000-2003-00046-02

...«2.3. De esa primera parte del C.C.A. viene a ser aplicable la normativa concerniente a la revocación directa, esto es, los artículos 69 y ss, para cuyos efectos es menester pasar a resolver la segunda cuestión, es decir, si la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tiene la condición de “*inmediato superior*” que prevé el citado artículo 69 entre quienes pueden revocar los actos administrativos. Ese precepto, en lo pertinente, reza:

“ART. 69.- Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte,...” (*subrayas de la Sala*)

Se advierte que la norma se refiere al inmediato superior del funcionario que expida el acto, por lo tanto es claro que la norma implica una relación jerárquica en un contexto intraorgánico, es decir, dentro de una estructura o institución jerarquizada, pues no se refiere a la entidad sino a funcionarios de la misma, que están en una relación directa interna de subordinado a superior.

En ese orden, el alcance de la norma en cada caso concreto depende de que el funcionario que expida el acto administrativo de que se trate tenga o no superior inmediato, luego es menester precisar el funcionario que lo haya expedido.

En el presente caso, los oficios revocados fueron expedidos por quien se suscribe como Jefe de Peticiones y Recursos de CODENSA, luego en cuanto hace a esos oficios el superior inmediato no puede ser otro que el superior

jerárquico de ese funcionario dentro de dicha empresa, condición que en manera alguna la ley le asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Al efecto conviene advertir que la competencia asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para conocer del recurso de apelación contra las decisiones en comento, es una situación jurídica excepcional y, por ende, extraña a la regulación común de ese recurso, más cuando tal competencia está dada a un organismo de inspección y vigilancia del sector de los servicios públicos domiciliarios, lo que la hace partícipe de las decisiones de sus vigiladas, estructuras que por demás tienen el carácter de persona jurídica autónoma, pública o privada, situación que implica que quien controla también interviene en decisiones del sujeto o ente controlado, lo cual normalmente no es acogido en la ciencia de la administración.

Lo común y usual del recurso de apelación es que sea intraorgánico, de allí que en la doctrina se le denomine también recurso jerárquico o dealzada; de modo que su conocimiento por un ente distinto al que pertenece el funcionario que expide el acto administrativo impugnado, como ocurre con el recurso de apelación previsto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1995 constituye una forma exótica y muy excepcional de regular ese recurso, tanto que a diferencia de la regulación común no puede interponerse directamente, sino que se debe interponer de manera subsidiaria al recurso de reposición, lo cual indica a las claras que el legislador ha querido que antes de impugnar el acto ante el superior funcional el interesado debe hacerlo ante la misma autoridad o funcionario que decidió su petición o reclamo; amén de que frente a esos recursos opera el silencio administrativo positivo.

Por lo tanto, su normativa por ser especial y excepcional solo puede aplicarse específicamente a ese punto, sin que sea posible extenderla a mecanismos diferentes al recurso excepcionalmente así regulado, como por ejemplo, al de la Revocatoria Directa de los actos administrativos.

En ese orden, el recurso de apelación implica una jerarquía, pero exclusivamente de carácter funcional, pues es la relación inherente o que se genera con ese recurso, de allí que la competencia que mediante el mismo se otorga sea justamente funcional excepcional, es decir, que solo se tiene en virtud de la interposición del recurso y de ninguna otra forma.

Si el recurso de apelación de que habla el comentado artículo 154 no se interpone con el de reposición y, por ende, de manera subsidiaria, el

competente para decidirlo está inhibido de examinar o pronunciarse sobre el asunto. Puede incluso interponerse de manera directa y aun así está inhibido respecto del mismo. No es, entonces, una competencia discrecional, sino reglada; no es permanente, oficiosa ni directa, sino excepcional u ocasional, a instancia de parte, con sujeción a término y subsidiaria; no es general, sino especial sólo respecto de los actos apelados.

Sobre el carácter excepcional de la competencia asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para resolver el recurso de apelación interpuesto contra los actos de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, es pertinente tener en cuenta algunos apartes de los criterios emitidos por la H. Corte Constitucional al resolver sobre la constitucionalidad de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994:

“Desde la óptica de las actuaciones administrativas el recurso de apelación ha sido considerado como un medio de impugnación instituido en beneficio de la parte afectada como una decisión de un órgano administrativo, cuya finalidad es la de obtener que el superior jerárquico de éste la revise y proceda a reformarla o a revocarla. Según nuestro Código Contencioso Administrativo, la interposición del recurso de apelación es un presupuesto necesario para el agotamiento de la vía gubernativa y un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción contencioso administrativa”. (...)

“5.4. Los arts. 154 y 159 de la Ley 142/94 de los cuales hacen parte los segmentos acusados, regulan los recursos que puede interponer el subscriptor o usuario “para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato”.

“Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación que realiza la empresa procede el recurso de reposición, del cual conoce el órgano que dictó la respectiva providencia. El recurso de apelación solo tiene cabida en los casos en que expresamente aparezca consagrado y debe ser interpuesto como subsidiario del de reposición y “se presentará ante la Superintendencia”.

“5.5. Para responder los cargos de inconstitucionalidad que formula el demandante la Corte estima lo siguiente:

“a) No cabe duda de que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no es superior jerárquico de las empresas ni de los demás sujetos encargados de la prestación de dichos servicios, bajo la consideración hecha antes de la jerarquía entendida como un conjunto de órganos pertenecientes a un mismo organismo administrativo, ligados por una relación jurídica de subordinación, con respecto a un jefe superior de la administración.

“b) Si bien dicha superintendencia no ostenta el carácter indicado y bajo las circunstancias que se han descrito, sí tiene el carácter de superior jerárquico desde el punto de vista funcional, es decir, como el conjunto organizacional (empresas y entidades prestatarias del servicio y superintendencia) que tienen de acuerdo con la Constitución y la ley la responsabilidad de desarrollar las actividades y ejercer las competencias que les han sido otorgadas para efectos de la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios. Se destaca así la unidad desde el punto de vista funcional entre las actividades operativas y ejecutoras que corresponden a las empresas y demás entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio, con las funciones de control, inspección y vigilancia asignadas a la superintendencia”.

Por lo tanto, la condición de superior funcional que surge de esa competencia funcional no puede exceder el ámbito de ese especialísimo recurso de apelación, menos para trasladarla a una competencia enteramente distinta, la del artículo 69 del C.C.A., como quiera que ésta es permanente, general, oficiosa o solicitada, toda vez que se da respecto de todos los actos administrativos del inferior inmediato, tengan o no recurso, sin sujeción a término, ejercitable en cualquier tiempo, por voluntad propia del funcionario, y sin necesidad de que el interesado impugne primero el acto ante quien lo expidió; todo lo cual es consustancial de las características del control jerárquico, es decir, el que surge y se basa en la jerarquía administrativa u orgánica.

En esos últimos tópicos emerge una incompatibilidad entre la regulación especial del recurso de apelación en comento y el artículo 69 del C.C.A., toda vez que al establecerse aquél como subsidiario es claro que el legislador ha querido prever que las empresas de servicios públicos tengan forzosamente una oportunidad de revisar sus decisiones en comento antes de que el peticionario o reclamante acuda a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; oportunidad que no tendrían con la revocación directa consagrada en el artículo 69, y con la cual se dejaría sin eficacia el carácter subsidiario que el legislador le ha fijado a la excepcional intervención funcional de ese organismo en las referidas decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Situación que no ocurre con la regulación común del recurso de apelación, en razón a que ella permite que éste se puede interponer “directamente” o como subsidiario del de reposición, a voces del artículo 51, inciso tercero, del C.C.A., para ante el inmediato “superior administrativo” según expresión del artículo 50, numeral 2, ibídem; de suerte que no es necesario que quien expidió el acto tenga previamente la oportunidad de revisarlo; situación con

la cual es compatible la posibilidad de que el superior revoque directamente el acto de su inferior inmediato, sea de oficio o por solicitud, igualmente directa, del interesado.

De modo que analizada la regulación del recurso de apelación que procede ante la Superintendencia de Servicios Públicos respecto de las decisiones relacionadas en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, y de las peticiones y reclamaciones de que trata el artículo 152 ibídem, no hay cabida para atribuirle a esa entidad un carácter de superior respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios más allá o por fuera del ámbito de dicho recurso; menos en el ámbito de la revocación directa, debido a que además de no tener esta regulación especial en la citada ley 142, la prevista en el C.C.A. implica un campo intraorgánico, pues se refiere al superior inmediato del funcionario que expidió el acto administrativo, y es incompatible con el régimen de aquel recurso.

En esas circunstancias, el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo será aplicable únicamente en el contexto de la organización y jerarquía internas de las entidades u organismos cuyos actos se rigen por la primera parte de ese código, de allí que en lo atinente a las decisiones en comento de las empresas de servicios públicos domiciliarios se debe atender su jerarquía interna; y esa es la forma de hacer esa aplicación, atendiendo el inciso segundo del artículo 1° del C.C.A., a cuyo tenor “*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*”, pues de la manera como lo ha querido hacer la entidad demandada es claramente incompatible con la regulación especial en la cual justamente se basa para el efecto.

Establecida la diferencia conceptual y normativa entre el ámbito del recurso de apelación y la Revocación Directa de los actos administrativos, también es pertinente recordar cómo en un Estado Social de Derecho la actuación de las autoridades públicas debe estar signada por el Principio de Legalidad, una de cuyas manifestaciones es la de la COMPETENCIA, sustentada esta en el postulado según el cual “El servidor público sólo puede hacer aquello que expresamente le esté permitido en el Ordenamiento Jurídico”, el cual encuentra soporte en el artículo sexto constitucional, cuyo alcance ha sido recogido en las siguientes expresiones:

“Lo anterior equivale a dar por sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido por la Constitución y la

Ley, los funcionarios del Estado tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Y es natural que así suceda, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y esto opera por medio de la autorización legal”.

“Es a todas luces contrario al principio señalado, suponer que al no estar algo expresamente prohibido, bien sea para el legislativo, o para cualquiera otra rama del poder público, sus integrantes pueden hacerlo, porque esta prerrogativa es exclusiva de los particulares. Los servidores públicos tan solo pueden realizar los actos previstos por la Constitución, las Leyes o los Reglamentos, y no pueden, bajo ningún pretexto, improvisar funciones ajenas a su competencia. Esto como una garantía que la sociedad civil tiene contra el abuso del poder por parte de aquellos servidores. Es una conquista que esta Corporación no puede soslayar, no solo por el esfuerzo que la humanidad tuvo que hacer para consagrarla efectivamente en los textos constitucionales, sino por la evidente conveniencia que lleva consigo, por cuanto es una pieza clave para la seguridad del orden social justo y para la claridad de los actos que realicen los que detentan el poder público en sus diversas ramas”.

Concluyese de lo expuesto que la entidad demandada expidió sin competencia y con violación del artículo 69 del C.C.A. el acto administrativo acusado; en consecuencia, las razones y pretensiones del recurso son atendibles, de donde la sentencia apelada se ha de revocar para, en su lugar, declarar la nulidad de la resolución demandada y restablecer el derecho de la actora, en el sentido de declarar vigentes los oficios revocados, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia...».

**Martha Sofía Sanz Tobón, Camilo Arciniegas Andrade (Salvamento de voto),
Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Marco Antonio Velilla Moreno.**

XXXI. TASAS

TASA ESPECIAL DE SERVICIOS ADUANEROS TESA

La inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 633 de 2000 no afecta la liquidación y pago por las importaciones realizadas antes de la ejecutoria de la sentencia C-992 de 2001

30 de octubre de 2008

Radicación: 25000-23-27-000-2004-00671-01

...«La presente instancia se contrae a los motivos de inconformidad expuestos en la sustentación del presente recurso de apelación, por consiguiente la cuestión a resolver consiste en establecer si había lugar a acceder a la solicitud de corrección oficial de las declaraciones de importación en comento a fin de que la DIAN reintegrara a la actora lo que había liquidado y pagado en esas declaraciones por concepto de la tasa especial creada mediante el artículo 56 de la Ley 633 de 2000, cuya vigencia para la época de presentación de éstas reconoce la apelante.

Como quiera que la solicitud de corrección indicada está basada en el artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, es menester traer el texto del mismo, a saber:

“ARTÍCULO 513. LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN.

La autoridad aduanera podrá expedir Liquidación Oficial de Corrección cuando se presenten los siguientes errores en las declaraciones de importación: subpartida arancelaria, tarifas, tasa de cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad o tratamientos preferenciales.

Igualmente se podrá formular Liquidación Oficial de Corrección cuando se presente diferencia en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera”.

Asimismo en el artículo 438 de la Resolución 4240 de 2000, según el cual dicha liquidación oficial de corrección procederá cuando se trate de

establecer el monto real de los tributos aduaneros, en los casos en que se aduzca pago en exceso.

Vistas las razones en que se sustenta esa solicitud, las cuales son las que se aducen ahora en la fundamentación del presente recurso, esto es, falta de causación de la tasa por inexistencia del servicio, y excepción de inconstitucionalidad de la norma que la había creado, la Sala observa que no encuadran en los supuestos previstos en el artículo 513 transcrito para que sea procedente la liquidación oficial de corrección, pues es claro que deben ser situaciones que i), constituyan o contengan errores en las declaraciones de importación respecto de subpartida arancelaria, tarifas, tasa de cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad o tratamientos preferenciales, o ii) cuando se presente diferencia en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera.

En esas circunstancias, el pago en exceso previsto en el artículo 438 de la Resolución 4240 de 2000 debe entenderse en el marco del artículo 513, en cuanto es norma superior a aquel, de suerte que tal exceso debe corresponder al resultado de cualquiera de esos errores, y en todo caso frente a los factores vigentes al momento de la importación.

Mientras que las razones aducidas por la actora no son en forma alguna un error sobre los factores indicados por la norma o una avería de la mercancía, sino censuras o cuestionamientos de la juridicidad de la tasa especial en comento, puesto que expresamente acepta su vigencia pero controvierte su constitucionalidad.

Además, como su denominación lo indica, se trata de liquidación oficial, esto es, por iniciativa propia o de oficio de la autoridad aduanera competente, lo cual se opone a la corrección efectuada por el mismo declarante.

De modo que ante las razones esgrimidas por la actora ante la DIAN, amén de ser una decisión de su fuero oficioso, esa entidad no estaba impelida a proceder en el sentido reclamado por la accionante.

Como quiera que esas razones no están previstas como causal de liquidación oficial de corrección de las declaraciones de importación en las normas aduaneras invocadas como violadas, no hay lugar a que se configure la vulneración de las mismas por la decisión de la DIAN de no proceder a efectuar la liquidación oficial de corrección de las 307 declaraciones de importación que presentó la actora bajo la vigencia de la tasa especial en cuestión.

Por contera, se descarta la violación de los artículos 4° de la Constitución Política, pues el artículo 513 del Decreto 2685 de 1999 no le imponía inaplicar por inconstitucional el artículo 56 de la Ley 633 de 2000, y 45 de la Ley 270 de 1996, por cuanto frente a la vigencia del precitado artículo 56 para la época de la presentación de las declaraciones de importación objeto del sub lite, era menester considerar el sentido o efecto en el tiempo con que se había declarado la inexequibilidad del mismo en la sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001 la Corte Constitucional; consideración que bien podía hacerse aunque la actora no hubiere hecho planteamiento alguno sobre ese tópico, toda vez que era pertinente para verificar la vigencia de los conceptos que determinaron el monto de cada declaración.

Además, la apreciación de la entidad demandada sobre el particular resulta armónico con el artículo 45 de la Ley 270, en la medida en que la Corte Constitucional no le señaló efecto retroactivo o *ex tunc* a esa inexequibilidad, y en esas circunstancias se ha de considerar que sus efectos son hacia el futuro, atendiendo dicho artículo 45, en su único aparte declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, a cuyo tenor *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*.

Lo anterior significa que la vigencia de la norma se preserva hasta la ejecutoriedad de la sentencia que la declara inexequible, toda vez que solo desaparece o deja de ser aplicable o ejecutable a partir de esa fecha, luego las situaciones jurídicas ocurridas antes de la sentencia y que se encuadren en dicha norma son susceptibles de su aplicación, y están llamadas a generar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes, independientemente de que se trate de situaciones jurídicas consolidadas o no, con excepción de las materias o asuntos que por mandato constitucional están cobijados por el principio de favorabilidad, esto es, de la aplicación de la norma más favorable.

En ese orden, la inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 633 de 2000 no afecta la liquidación y pago por las importaciones realizadas antes de la ejecutoriedad de la sentencia respectiva, de la tasa especial que en él se establecía, entre las cuales se encuentran las importaciones de la actora que sirven de fundamento a su solicitud de liquidación oficial de corrección objeto del sub lite, pues en esa época la norma se encontraba vigente.

En consecuencia, la Sala ha verificado que la sentencia apelada está acorde con la situación procesal examinada, de allí que se deba confirmar, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia...».

*Marco Antonio Vellilla Moreno, Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta,
María Claudia Rojas Lasso, Martha Sofía Sanz Tobón (Salva voto).*

TASAS POR UTILIZACIÓN DE AGUAS

En el proceso de aprobación del programa de inversión del 1% para la recuperación, conservación, preservación y vigilancia de la cuenca hidrográfica que alimenta la respectiva fuente hídrica, no existe la obligación previa de concertación con la autoridad ambiental con jurisdicción en la zona donde se adelanta el proyecto que involucra en su ejecución el uso del agua tomada directamente de fuentes naturales, sujeto a la obtención de licencia ambiental

10 de septiembre de 2015

Radicación: 25000-23-24-000-2010-00259-01

...«vi) ¿Es válida la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de concertar con CORPORINOQUÍA las inversiones a realizar? Y de ser afirmativa la respuesta a este interrogante: ¿cuál es el fundamento jurídico de dicha obligación?

Para la Sala, la obligación impuesta por EL MINISTERIO a BP de concertar con CORPORINOQUÍA el plan de inversiones atrás referida **no es válida**. Esto, toda vez que una lectura atenta del párrafo 1° del artículo 4 del Decreto 1900 de 2006 permite evidenciar que aun cuando esta normativa contempla la participación de la autoridad ambiental con jurisdicción en la zona donde se adelanta el proyecto en el trámite de aprobación del plan de inversiones, esta intervención está prevista con un alcance distinto del que se le dio en las resoluciones atacadas. En efecto, el párrafo 1° del artículo 4° del Decreto 1900 de 2006 es del siguiente tenor:

“En los casos de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el peticionario deberá radicar simultáneamente ante las autoridades ambientales con jurisdicción en el área de influencia del proyecto, una copia del programa de inversión con la copia del Estudio de Impacto Ambiental, a fin de que estas emitan el concepto respectivo, para lo cual contarán con un término máximo de treinta (30) días hábiles. El peticionario allegará la constancia de radicación con destino al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial”.

Así, contrario a lo afirmado por la Sala en el fallo de 16 de julio de 2015, en el que se validó la obligación impuesta a BP de concertar el plan de inversiones con CORPORINOQUÍA de manera previa a su presentación ante el MINISTERIO, encuentra la Sala que del precepto citado se desprende que aun cuando resulta legítima la vinculación de la autoridad ambiental correspondiente al proceso de aprobación del plan de inversiones, no lo es que tal intervención, que el Decreto 1900 de 2006 centra en la expedición de **un concepto que ilustre el criterio del MINISTERIO, mute en los actos atacados en una obligación previa de concertación** no prevista por la ley ni por el citado reglamento.

En efecto, en virtud de lo previsto por el parágrafo 1° del artículo 4° del Decreto 1900 de 2006 es ostensible que la vinculación de la autoridad ambiental en la zona de influencia del proyecto al proceso de aprobación del plan de inversiones por EL MINISTERIO deberá darse **mediante la emisión de un concepto, y no de una fase de concertación previa** no contemplada por la ley ni por el Decreto en comento. De ahí que a efectos de proferir dicho concepto prevea la disposición en cita que de forma simultánea con su presentación al MINISTERIO, la parte interesada deberá radicar ante aquella (la CAR correspondiente) el respectivo plan de inversión, dándole treinta días para emitir su pronunciamiento. Ello, en consideración a la importancia de sus funciones y a su especial conocimiento de la región, su territorio y sus recursos naturales. No debe perderse de vista que según lo previsto por el numeral 18 del artículo 31 de la ley 99 de 1993, a estas entidades corresponde “[o]rdenar y establecer las normas y directrices para el manejo de las cuencas hidrográficas ubicadas dentro del área de su jurisdicción, conforme a las disposiciones superiores y a las políticas nacionales”; y son también las responsables de “[e]jercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables” (artículo 31.12 de la ley 99 de 1993). Por ende, su criterio, plasmado en el concepto proferido, resulte de valor y utilidad para el proceso de valoración y aprobación del plan de inversiones.

Con todo, ello no puede dar lugar a entender, y así lo expresa la Sala en esta ocasión para rectificar lo dicho en su pronunciamiento anterior, que EL MINISTERIO esté en condiciones de variar las condiciones en que se debe dar dicha participación de las CAR e imponer una obligación de concertación previa que no solo carece por completo de cobertura legal, sino que contraviene lo establecido al respecto por el parágrafo 1° del artículo 4° del Decreto 1900 de 2006.

Por este motivo la Sala anulará la expresión “concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía (CORPORINOQUÍA)”, contenida en el párrafo 3º del artículo primero de la Resolución No. 1063 de 2009 proferida por el MINISTERIO, cuyo enunciado, en virtud de esta decisión, quedará así:

Las actividades en que se resuelva realizar la inversión deben ser las establecidas en el Decreto 1900 del 12 de junio de 2006, ~~concertadas con la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía (CORPORINOQUÍA)~~ y ejecutadas directamente por la empresa BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LTD...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Roberto Augusto Serrato Valdés, Guillermo Vargas Ayala.*

XXXII. TÍTULOS DE IDONEIDAD

HOMEOPATÍA

Al convertirse en una especialidad de la medicina, quien no tiene título profesional en medicina no puede ejercerla

30 de abril de 1981

Radicación: CE-SEC1-EXP1981-04-30

...«A través del tiempo la homeopatía, en nuestro país, ha tenido una reglamentación jurídica específica: en efecto por la Ley 12 de 1905 se establecieron requisitos para su ejercicio; luego, mediante la Ley 36 de 1929 y los Decretos 1099 y 986 de 1932 se acogió una nueva reglamentación; posteriormente se dictó la Ley 67 de 1953 que estableció nuevas exigencias para la concesión de la licencia, a “titulares en instituciones o facultades cuyos programas de estudios sean aprobados por el Gobierno” (Art. 11).

Por último se dictó la Ley 14 de 1962 relativa al ejercicio de la medicina. Tal estatuto legal en su artículo lo dispone:

“Artículo 1 o. Para todos los efectos legales, se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía la aplicación de medios y conocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de las enfermedades, así como para la rehabilitación de las deficiencias o defectos ya sean físicos, mentales o de otro orden que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.”

En su artículo 2o. agrega:

“Artículo 2o. A partir de la vigencia de la presente ley solo podrán ejercer la medicina y cirugía: a) Quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las Facultades o Escuelas universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país; b) Los colombianos y

los extranjeros que adquieran o hayan adquirido título de médico y cirujano en Facultades o Escuelas universitarias de países con los cuales sobre reciprocidad de títulos universitarios, en los términos de los respectivos tratados o convenios:

c) Los colombianos graduados en el exterior con título de una Facultad o Escuela universitaria de reconocida competencia, en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina. Cuando esta entidad conceptúe desfavorablemente respecto de la competencia de la Facultad o Escuela universitaria otorgante del título, el interesado deberá aprobar un examen de idoneidad reglamentado por el Gobierno;

d) Los extranjeros graduados en países con los cuales Colombia no tenga celebrados tratados sobre equivalencia de títulos universitarios que posean título de médico y cirujano adquirido en universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y que hayan obtenido licencia del Gobierno mediante la superación de un examen de idoneidad en una de las Facultades de Medicina del país, de acuerdo con reglamentación que dicte el mismo Gobierno.

Si el Gobierno estima que el número de médicos que ejercen en el país es suficiente para sus necesidades, deberá abstenerse de considerar nuevas solicitudes de los profesionales extranjeros contemplados en este literal.”

El los párrafos 1o., 2o. y 3o. del artículo 2o. de la Ley 14 de 1962 se consagra:

“Parágrafo 1o. Los médicos que hayan adquirido legalmente licencia o permiso, podrán continuar ejerciendo la medicina en las mismas condiciones establecidas en la respectiva licencia o permiso.

“Parágrafo 2o. Los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título, licencia o permiso para ejercer la medicina por el sistema homeopático, podrán seguir practicándola en las mismas condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso. Las solicitudes de licencia o permiso para ejercer la homeopatía presentadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley y que se encuentran pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de presentación de tales solicitudes.

“Parágrafo 3o. En caso de visita científica de médicos y cirujanos extranjeros de reconocida fama que vengan al país en misiones científicas, administrativas o docentes, podrá el Ministerio de Salud Pública, a petición motivada de una universidad con Facultad o Escuela de Medicina que funcione legalmente dentro del territorio nacional, otorgarles un permiso transitorio para ejercer la profesión. “Se puede

apreciar a simple vista como el artículo 1o. define lo que se entiende por el ejercicio de la medicina, y de como el Art. 2o., en su parte inicial, determina quiénes pueden ejercerla; y, además en los párrafos segundo y tercero se refiere concretamente al ejercicio de la homeopatía. En este aspecto se contemplan dos situaciones: La de los homeópatas titulados, licenciados o permitidos que hayan adquirido legalmente el título o licencia o permiso para “ejercer la medicina por el sistema homeopático”, quienes al entrar en vigencia la ley pudieron continuar practicando su profesión en las condiciones establecidas en el respectivo título, licencia o permiso; y, la de los homeópatas que habían presentado, para la misma época, solicitud de licencia o permiso para ejercer la homeopatía, a quienes su situación debía resolverse de acuerdo a las disposiciones vigentes a la fecha de su presentación. Con posterioridad a la vigencia de la ley el ejercicio de la homeopatía sólo es posible por quienes tengan la calidad de médicos, según se deduce claramente del contexto del párrafo segundo del Art. 2o. de la Ley 14 de 1962 por cuanto el estatuto emplea la frase “para ejercer la medicina por el sistema de homeopatía”, lo cual da a entender que para su ejercicio se requiere la obtención previa del título profesional de médico, salvo los casos contemplados en la misma ley ya mencionada. En caso semejante fallado por esta Corporación, sostuvo la Sala:

“Finalmente se expidió la Ley 14 de 1962 que en el párrafo 2o. del artículo 2o. dispuso que los homeópatas permitidos podrán seguir ejerciendo: pero que las solicitudes de licencia o permiso presentadas con anterioridad a esta ley “y que se encuentran pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de presentación de tales solicitudes”.

“De acuerdo con lo anterior, el plazo del Decreto 86 de 1932 no varió, puesto que esta era la disposición vigente para las solicitudes que se encontraban pendientes de resolver.

“Al actor quien como se dijo hizo su solicitud en 1963, no lo amparan las disposiciones legales que ha citado y que la Sala ha considerado en esta providencia, a pesar de su reconocida competencia en el ramo de la homeopatía y de su completa honorabilidad, que ha demostrado en el expediente; y a pesar, también, de la seriedad y estudio que demuestra en su actuación el señor apoderado.” (...)

Ya se ha expresado que la homeopatía no se puede ejercer en Colombia, a partir de la vigencia de la Ley 14 de 1962, sino por profesionales médicos; de consiguiente quien desea ejercer esta especialidad de la medicina deberá acreditar su calidad de tal con la certificación idónea, previo cumplimiento de los requisitos legales y académicos, mas no con simples declaraciones

de testigos referidas a la idoneidad del profesional, como lo afirma el impugnado.

En el caso sublite se aprecia que el interesado, sin ser médico de profesión, solicitó ante el Ministerio de Salud la inscripción en el registro público de “homeópatas permitidos”, el 25 de marzo de 1979, fecha muy posterior a la vigencia de la Ley 14 de 1962.

Tal actividad no constituye propiamente una profesión independiente sino una modalidad, sistema o especialidad de la medicina, la cual hoy en día es requisito sine qua non para poder ejercer la homeopatía; sólo en los casos de excepción previstos en el parágrafo 2o. del artículo 2o. de la Ley 14 de 1962 puede ejercerse esta por profesionales que carezcan de título en medicina.

En consecuencia, a tenor de lo dispuesto por el parágrafo 2o. de la Ley 14 de 1962, la solicitud presentada por el señor Miguel Rodríguez Castañeda ante el Ministerio de Salud, para que se le inscriba en el registro público de homeópatas lo fue extemporáneamente...».

*Jacobo Pérez Escobar, Alfonso Arango Henao,
Mario Enrique Pérez V., Roberto Suárez Franco.*

PRÁCTICA DE TATUAJES Y PIERCING

Si bien deben estar Inscritos los tatuadores y piercers en un registro especial, no se les puede exigir acreditar un curso de capacitación para desarrollar sus oficios en el Distrito Capital

29 de abril de 2015

Radicación: 25000-23-24-000-2004-00583-01

...«En efecto, aun cuando el acto demandado no hizo referencia explícita a las normas enunciadas anteriormente [Constitución Política artículo 300 numeral 10; Ley 9 de 1979 artículo 564; Ley 715 de 2001 artículos 43, 44 y 45], son ellas las que facultan al Distrito para expedirlo, pues le permiten ejercer sus funciones de inspección, control y vigilancia sanitaria de establecimientos en los que se desarrollan los oficios de tatuadores y piercers, que generan un riesgo para la salubridad pública. Sin embargo, dicha normativa, en modo alguno, confiere competencia al Distrito Capital para exigir títulos de idoneidad para desarrollar tales oficios, pues ello corresponde a una competencia exclusiva del legislador.

Precisamente, el Concejo de Bogotá no puede exigir títulos de idoneidad para oficios que impliquen un riesgo social so pretexto de cumplir las funciones de inspección, control y vigilancia que tiene asignadas en el sector salud, pues tal materia está sometida a reserva legal, según lo dispone el artículo 26 Superior. Esta línea de pensamiento ha sido sostenida por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, tal y como lo hizo en sentencia C-296 de 2012 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) cuando dijo:

“En síntesis sobre la exigencia de títulos de idoneidad, la Corte ha reiterado en varias de sus sentencias que dichos requerimientos son indispensables para acreditar la preparación académica y científica de ciertas profesiones y oficios con alta responsabilidad social y que impliquen un riesgo social a la comunidad. Del mismo modo se ha establecido que la libertad de configuración del legislador está limitada ya que debe estar sometida a la regulación legislativa y tiene reserva de

ley y no se pueden dar exigencias innecesarias o desproporcionadas que den lugar a discriminaciones prohibidas por la Carta. Por otra parte se han establecido las restricciones materiales, competenciales y procedimentales en el sentido que las medidas adoptadas por el legislador deben ser razonables y proporcionadas, que dichas competencias no pueden ser trasladadas al ejecutivo ya que están reservadas al Congreso de la República y por último la existencia de límites procedimentales que se refieren a que no se puede conceder a los órganos de vigilancia y control de una profesión la facultad de crear o suprimir organismos del orden nacional, que no se puede por su propia iniciativa reformar los órganos encargados de controlar y vigilar a los profesionales de una misma disciplina, cuando son de naturaleza pública y forman parte de la estructura de la administración pública...”.

En un mismo sentido, esta Sala ha prohijado en su jurisprudencia lo dicho por la Corte Constitucional, como se observa en sentencia del 1° de noviembre de 2007 (M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta) cuando precisó:

“Quiere decir que la regulación de que son susceptibles las profesiones, oficios, artes y ocupaciones, así como la consecuente exigencia de título de idoneidad para su ejercicio por mandato constitucional, es de reserva legal, de modo que es de competencia exclusiva del legislador, pues la autorización para el efecto está dirigida expresamente a él al señalarse que la “ley” es la que puede exigir título de idoneidad. Esa regulación legal goza de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador, pero también está a sujeta a limitaciones surgidas de los derechos fundamentales de las personas, en especial los de libertad e igualdad y al trabajo; como también de circunstancias objetivas, tales como la materialidad de la actividad correspondiente y sus implicaciones sociales; de modo que no puede ser caprichosa ni hacer nugatorio el derecho al trabajo y a la libre escogencia de profesión u oficio.”

En suma, se advierte que el Concejo de Bogotá no podía exigir un título de idoneidad en el artículo 5° del Acuerdo 103 de 2003 (29 de diciembre), al demandar una “acreditación de un curso de capacitación de mínimo cuarenta (40) horas en la materia” para desarrollar los oficios de tatuadores y piercers en el Distrito Capital, pues dicha competencia tiene reserva legal y es una facultad exclusiva del Congreso de la República...».

**María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala, Marco Antonio Velilla Moreno (ausente con excusa).**

MEDICINA ESTÉTICA

Los prestadores de servicio de salud no pueden exigir que se acredite título de especialista en medicina estética para realizar consulta externa

22 de octubre de 2015

Radicación: 11001-03-24-000-2013-00319-00

...«[L]a Sala encuentra que la decisión a adoptar en el asunto bajo revisión tiene que partir de dos premisas claras: la necesidad de respetar la reserva de ley estatuida por la Constitución en punto a la competencia para exigir títulos de idoneidad profesional (artículo 26), por un lado, y las facultades otorgadas por la ley al ministerio para definir los requisitos habilitantes que deben atender las instituciones prestadoras de servicios de salud en el marco del SOGCS, por el otro. Esto implica reconocer que (i) solo la ley puede establecer como requisito para el desarrollo de una actividad profesional un título de idoneidad, con las consecuencias que acarrea su desconocimiento, lo que significa a su vez tomar conciencia que (II) no cualquier clase de regulación que deban cumplir los prestadores del servicio de salud equivale a aquella clase de requerimiento y, por ende, no se puede tomar como usurpación por el reglamento de la competencia legal. Tanto por la autoridad que los expide, como por su contenido, circunstancias que justifican su expedición, contexto y consecuencias jurídicas, los estándares de calidad fijados por el ministerio de salud y de protección social no pueden ser equiparados a un título de idoneidad.

Con todo, es claro para la Sala que en ejercicio de las facultades regulatorias del SOGCS que le otorga la ley a esta autoridad administrativa ella no puede incursionar en terrenos propios del legislador y terminar exigiendo títulos de idoneidad no requeridos legalmente; lo cual no obsta para que en ejercicio de sus competencias resulte legítimo que en aras de salvaguardar los intereses superiores de los usuarios del sistema de salud y su derecho fundamental a la salud, a la vista de las complejidades que puedan

presentar un procedimiento o prestación específicas, exija la acreditación de una determinada competencia profesional por parte de los recursos humanos de una institución prestadora de estos servicios como condición para su habilitación institucional. En últimas, como lo dispone el literal d) del artículo 6° de la Ley Estatutaria del derecho fundamental a la salud (Ley 1751 de 2015), la calidad e idoneidad profesional forma parte esencial de la garantía de este derecho, por lo cual “[l]os establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos” (negritas fuera de texto).

En este orden de ideas, y toda vez que el campo de la medicina estética, a diferencia de lo que sucede en los ramos de anestesiología y radiología, el legislador no ha exigido el título de especialista para desempeñarse en él, no resulta legítimo que el ministerio fije un estándar que impone como única alternativa para su desarrollo la obtención de dicho diploma o de cualquier otro certificado de especialista no exigido por la ley. Con todo, es evidente que tal limitante competencial del reglamento que define el respectivo estándar no puede significar la invalidez de cualquier clase de requerimiento que se establezca con el fin de salvaguardar la calidad del servicio, los intereses superiores de los pacientes y, por sobre todas las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la salud de cada uno de los usuarios del sistema.

En consecuencia, la Sala se ve obligada a asumir una decisión que acoge apenas parcialmente las pretensiones de la demanda, por cuanto es evidente que a la luz de los argumentos expuestos a lo largo de esta providencia si bien es cierto que no cualquier regulación impuesta como estándar por el ministerio a los prestadores de servicios de salud puede equipararse a la exigencia de un título de idoneidad, siendo legítimo el requerimiento de unos mínimos que aseguren la solvencia e idoneidad de cada prestador (en términos de su infraestructura física y recursos científicos, económicos, humanos y organizacionales) como garantía de calidad del sistema, objetivo final del SOGCS legalmente estatuido, no lo es menos que en la definición de estos estándares la autoridad administrativa no puede usurpar competencias legislativas y establecer exigencias que no han sido fijadas por la ley.

Para el caso concreto, y de cara a la valoración del estándar fijado para los servicios de consulta externa de medicina estética, esto significa que deberá declararse la nulidad de las partes del apartado demandado que exigen acreditar el título de especialista en medicina estética, pero se convalida el requerimiento de acreditar la formación académica y competencia profesional de quien siendo médico no ostente dicho grado (de especialista). Por esta razón, el estándar aplicable en adelante quedará como sigue (con exclusión de las expresiones tachadas):

Consulta Externa de Medicina Estética:

Estándar:

Talento Humano. A partir de la presente norma, cuenta con médico especialista en medicina estética o médicos especialistas que cuenten en su formación académica con entrenamiento en procedimientos de medicina estética, relacionados con su especialidad.

De otra parte, en lo concerniente al estándar aplicable a la cirugía estética de mediana y alta complejidad, habida consideración de que la ley 14 de 1962 reconoce el título de médico y cirujano como presupuesto para el ejercicio legal de la medicina y la cirugía (artículo 2.1), encuentra la Sala que el reglamento enjuiciado no hace nada distinto a dar aplicación a dicho requerimiento, apenas natural en consideración a la relevancia social de esta materia. No puede ignorar la Sala la especial vulnerabilidad de los usuarios del sistema de salud en general y de quienes acuden a los servicios de cirugía estética en particular, ni su trascendencia para la efectividad de sus derechos a la salud, la vida y la integridad personal, diariamente puestos en juego en estos quirófanos habida cuenta de los notables riesgos que implica su práctica, como es un hecho notorio en la realidad nacional. De aquí que exista un claro deber de protección de estos derechos en cabeza de las autoridades que fundamenta razonable y suficientemente esta exigencia legal, refrendada por el reglamento atacado.

Por ende, en relación con el estándar aplicable a los centros de cirugía estética de mediana y alta complejidad no prospera el cargo de falta de competencia de la autoridad que expidió el reglamento demandado.

Tampoco encuentra esta Corporación que dicho estándar pueda ser anulado con base en los cargos de violación a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, el trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, pues es claro que se trata de derechos que deben ser ejercidos siempre en el

marco de lo establecido en la ley; y, como se acaba de mencionar, ha sido la ley quien definió el requisito de acreditar la condición de médico y cirujano, no siendo el Contencioso Administrativo el competente para enjuiciar la validez de dicho precepto legal.

De lo anterior se colige que también carece de fundamento el cargo consistente en la vulneración de la ley 14 de 1962, pues es claro que, contrario a lo afirmado por el demandante, la disposición bajo análisis es un desarrollo válido de dicha normativa legal...».

*María Claudia Rojas Lasso, María Elizabeth García González,
Guillermo Vargas Ayala.*

ÍNDICE ANALÍTICO

A

ACCIÓN DE NULIDAD

Procedencia, 91

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Caducidad, 64

Requisitos, 64

ACCIÓN DE PLENA JURISDICCIÓN

Procedencia, 91

ACTO ACADÉMICO

Concepto, 6

ACTO ACADÉMICO Y MERAMENTE ACADÉMICO

Distinción, 6

ACTO ADMINISTRATIVO

Autoridad que profiere el acto

Funcionario de hecho, 37

Funcionario de investidura plausible,
37

Gobierno de facto, 31

Clases

Académico, 6

Complejo, 8

De ejecución, 11

De Gobierno, 23

General, 12

Meramente académico, 6

Mixto, 16, 17, 21

Político, 23

Verbal, 25

Concepto, 3

Decaimiento, 45

Derogatoria, 42

Elementos

Esenciales, 29

Existencia, 27

Ins constitucionalidad sobreviniente, 43

Pérdida de fuerza ejecutoria, 52

Purga de ilegalidad

Concepto, 60

Configuración, 58

Vicios no saneables, 60

Técnicas de anulación

Nulidad parcial cualitativa, 114

Vicios

Formales, 49

Sustanciales, 49

ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO

Características, 68

Clases, 8

Concepto 8, 68

Deber de demandar su integridad
jurídica, 8

ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO POR GOBIERNO DE FACTO

Convalidación, 31

Estado de derecho, 31

Justificación, 31

Refrendación, 38

Restablecimiento institucional, 31

**ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO
POR FUNCIONARIO DE HECHO O DE
INVESTIDURA PLAUSIBLE**

Períodos de normalidad institucional, 37

Validez, 37

ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Oponibilidad, 12

Publicación, 12

ACTO ADMINISTRATIVO MIXTO

Control judicial

Procedencia

Acción de Nulidad, 21

Acción de Nulidad y
restablecimiento del derecho, 21

Derechos de defensa y contradicción, 17

Notificación personal, 17

Pérdida de fuerza ejecutoria, 17

Publicación, 16

ACTO ADMINISTRATIVO PRINCIPAL

Deber de demandar

Actos confirmatorios, 68, 71

ACTO ADMINISTRATIVO SIMPLE

Concepto, 68

ACTO ADMINISTRATIVO VERBAL

Característica

Informalidad, 25

Expresión de la función administrativa,
25

ACTO DE EJECUCIÓN

Control judicial

Excepciones, 11

ACTO DE REGISTRO

Control judicial

Acción de nulidad, 123

Correcciones

Oportunidad, 121

Notificación, 121

ACTO MERAMENTE ACADÉMICO

Concepto, 6

**ACTO POLÍTICO DE ÍNDOLE
ADMINISTRATIVA O DE GOBIERNO**

Control judicial, 23, 183

Naturaleza, 23

ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Fin, 79

Inicio, 79

ARCHIPIÉLAGO DE LOS MONJES

Soberanía, 183, 187

ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS

Régimen Especial, 214

Tarjeta de residencial temporal

Restricción, 214

ÁREA DE RESERVA FORESTAL

Sustracción, 160

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL

Competencia

Agregación de municipios, 288

Creación de municipios, 292

Límites de los municipios, 295

Poder de Policía

Límites, 409

Regulación

Hospital San Juan de Dios, 346

Segregación de municipios, 288

AUTONOMÍA TERRITORIAL

Límites, 444

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Límites, 447

AUTORIDADES INDÍGENAS

Gobierno

Administración de recursos, 255

Límites territoriales, 255

Recaudación de impuestos, 255

B

BECA DE ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

Naturaleza, 176

BIEN DE INTERÉS ECOLÓGICO

Destinación, 444

BIENES DE USO PÚBLICO

Arrendamiento, 189

Atributos, 189

Concepto, 189

Destinación específica, 189

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Diálogo intercultural, 225

Identidad cultural, 225

Minorías

Étnicas, 225

Lingüísticas, 225

Religiosas, 225

Multiplicidad cultural, 251

Paz, 240

Pueblos indígenas

Derechos, 225

Intereses

Materiales

Protección, 225

Morales

Protección, 225

BUENA FE

Concepto, 129, 135

C

CARTAS DE NATURALEZA

Otorgamiento, 201

CIRCULARES

Control judicial, 192, 193, 195

COMUNIDADES INDÍGENAS

Autonomía

Límites

Derechos fundamentales, 225

Autonomía

Consenso intercultural, 225

Límites

Derechos humanos

Núcleo duro, 225

Principio de legalidad

Debido proceso, 225

Autonomía jurisdiccional

Límites, 225

Prevalencia, 225

Consulta previa, 157

Derecho a la igualdad, 223

Derechos, 223

Fuero indígena

Alcance, 225

Hoja de coca

Comercialización, 225

Cultivo, 225

Elaboración, 225

Minorías, 223

Prerrogativas, 223

Privilegios, 223

Tradición cultural

Usos y prácticas

Hoja de coca, 225

CONCEJO MUNICIPAL

Competencia, 351, 353

CONCEJOS MUNICIPALES DE JUVENTUD

Definición, 349

Funciones, 349

CONTRALORÍAS TERRITORIALES

Capacidad

Procesos judiciales, 253

Personería jurídica, 250, 253

CONTROL FISCAL POSTERIOR EXCEPCIONAL

Sujetos, 256, 259

CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES

Funciones, 154, 160

Poder de policía

Ejercicio, 154

CORPORACIONES PÚBLICAS

Comisiones

Desintegración, 272

Existencia jurídica, 272

Mayorías

Clases, 275

Concepto, 272

Quórum

Clases, 275

Concepto, 272

Comisiones conjuntas

Mayorías, 272

Quórum decisorio, 272

Congreso de la República

Sesiones extraordinarias

Convocatoria, 278

Mayorías

Clases, 275

Quórum

Clases, 275

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Aplicación, 316

CREACIÓN DE MUNICIPIOS

Consulta popular, 298

Excepción, 292

Requisitos, 298

D

DEBIDO PROCESO

Garantía

Por autoridades con poder de policía,
395

DECOMISO DE MERCANCÍA

Descripción de mercancía

Deficiencia, 123

Elementos esenciales de
individualización

Electrodomésticos, 123

Equipos de computación, 123

Motores, 123

Vehículos, 123

Omisión, 123

Serial

Importancia, 123

Tipo de mercancía, 123

Descripción de mercancía con
características idénticas

Elementos esenciales de
descripción

Marca, 123

Modelo, 123

Serial, 123

Transportador

Vinculación, 147

DEMANDA

Ineptitud sustancial, 71

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Concepto, 298

DERECHO A LA IGUALDAD

Aplicación

Policía Nacional, 421

Mujer, 391

DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

Límites, 214

DERECHO A LA LOCOMOCIÓN

Restricción, 402

DERECHO A LA PROPIEDAD

Límites, 370

Restricción

Moralidad pública, 398

Requisitos, 395

DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

- Aborto
 - Problema de salud pública, 379
- Interrupción voluntaria del embarazo
 - Despenalización, 387
 - Mujer en condición de discapacidad
 - Requisitos de la solicitud, 389
 - Objeción de conciencia institucional
 - Reserva de ley, 389
 - Voluntad de la mujer, 387
- Protección a la vida, 379

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

- Aplicación
 - Policía Nacional, 421
- Garantía, 409

DERECHO AL TRABAJO

- Artistas extranjeros, 205

DERECHOS CIVILES

- Igualdad, 205

DERECHOS DE AUTOR

- Pago, 462

DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

- A escoger profesión y oficio, 303
- A la dignidad humana, 301
- A la vida, 301
- Al libre desarrollo de la personalidad, 303
- Al trabajo, 303
- De locomoción
 - Restricción, 402
- Democráticos, 303

DIVERSIDAD CULTURAL

- Garantía, 223, 2525

DIVERSIDAD ÉTNICA

- Protección, 223, 225

DOSIS PERSONAL DE ESTUPEFACIENTES

- Consumo
 - No es un derecho fundamental, 409

E

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

- Recurso de apelación
 - Carácter funcional, 510
 - Debe interponerse como subsidiario al de reposición, 510

ENTIDADES TERRITORIALES

- Reglamentación
- Usos del suelo, 444

ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS

- Internos
 - Derechos
 - Régimen de visitas
 - Cónyugal, 310
 - Íntima, 314
 - Restricciones
 - Excepciones
 - Material pornográfico, 316
 - Uso de
 - Barba, 314
 - Cabello largo, 314
 - Visita conyugal
 - Requisitos, 310
 - Visita íntima
 - Exclusión, 314
 - Requisitos, 314

ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS

- Licencia de funcionamiento
 - Requisitos
 - Pago derechos de autor, 462

ESTADO SOCIAL DE DERECHO

- Deberes sociales, 223
- Fines
 - Protección a la vida, 379

ESTÁNDAR DE CALIDAD

- Definición, 529

ESTUPEFACIENTES

Consumo

Prohibición en parques, 409

Prohibición en vía pública, 409

EXPORTACIÓN DE SANGRE, PLASMA Y DERIVADOS

Prohibición, 150

EXPROPIACION POR VÍA ADMINISTRATIVA

Actos objeto de control, 320, 326

Indemnización

Carácter justo y pleno, 328

EXTRADICIÓN

Procedencia

Tráfico de estupefacientes, 221

Prohibición, 221

F

FACULTADES PRO TÉMPORE

Alcalde, 332, 334

Gobernador, 338, 340

Requisitos, 332, 334, 338, 340

FARC-EP

Organización armada

Carácter Político

Reconocimiento, 238

FUNCIONARIO DE HECHO O DE INVESTIDURA PLAUSIBLE

Designación, elección y posesión, 37

G

GOBIERNO DE FACTO

Autolimitación, 31

Cambio institucional, 31

Legitimidad, 31

Soberanía, 31

GOBIERNO NACIONAL

Competencia

Transporte, 166

H

HOMEOPATÍA

Ejercicio, 523

Rama de la medicina, 523

Requisito

Título médico, 523

HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS

Naturaleza, 346

Regulación

Competencia, 346

I

ILEGALIDAD SOBREVINIENTE

Efectos

Derogatoria, 42

Improcedencia, 42

ILEGITIMIDAD SOBREVINIENTE

Efectos

Decaimiento del acto administrativo, 40

Presunción de legalidad del acto, 40

INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSECUCENCIA

Efectos

Decaimiento, 45

Eventos, 45

INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE

Distinción

Ilegalidad sobreviniente, 42

Efectos

Nulidad, 43

INDERENA

Funciones, 160

ISLAS DEL ROSARIO

Naturaleza, 179

J

JUNTA DE COMERCIO EXTERIOR

Competencia, 150

L

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

Configuración, 145

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Configuración, 253

LIBERTAD DE ESCOGER PROFESION U OFICIO

Alcance, 531

LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Actos contrarios

Influencia en fijación de precios, 365

Acuerdos contrarios

Identidad de precios, 359

Concepto, 355

Libre comercio

Restricción, 355, 351

Monopolio, 353

LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN

Decaimiento, 470

Notificación a terceros

Omisión, 373, 377

LÍMITES DE LOS MUNICIPIOS

Acta de deslinde

Naturaleza, 295

LÍMITES TERRITORIAL Y MARÍTIMO DE COLOMBIA

Determinación

Competencia, 187

LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN

Carácter oficioso, 516

Procedencia, 516

M

MARCAS

Acciones que involucran causales de nulidad relativa

Desistimiento

Improcedencia, 483

Cancelación por no uso

Marca común, 469

Marca notoria, 469, 475

Requisitos, 469, 475

Exclusividad

Limitación, 469, 475

Finalidad, 469, 466

Notoriedad

Protección, 475

Requisitos de registrabilidad, 469

Requisitos para registro, 469

Uso exclusivo

Concepto, 469, 475

MECANISMO DE PARTICIPACION CIUDADANA

Consulta popular, 298

MECANISMOS DE CONTROL NATAL

Dispositivo intrauterino

Características, 379

Concepto, 379

Píldoras anticonceptivas de emergencia

Concepto, 385

Efectos, 385

Efectos preventivos, 385

Suministro, 385

MEDICAMENTO

Principio activo

Concepto, 379, 487

No es susceptible de apropiación, 487

MEDIO AMBIENTE

Impactos negativos

Alteración superficial, 154

Emisiones por la operación de los equipos, 154

- Partículas de polvo, 154
- Recurso hídrico
 - Escurrimiento de áreas de
 - Producción de desechos, 154
 - Producción de materiales, 154
- Ruido por la operación de los equipos, 154
- Protección y conservación
 - Poder de policía
 - Medidas preventivas
 - Aplicación, 154

MONOPOLIO

- Concepto, 353
- Creación legal, 353

N

NATURALIZACIÓN DE EXTRANJEROS

- Concepto, 201

NULIDAD PARCIAL CUALITATIVA

- Concepto, 114

NULIDAD PARCIAL CUANTITATIVA

- Concepto, 114

NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

- Efectos, 278

O

OBLIGACIÓN ADUANERA

- Carácter personal, 129, 135, 138
- Responsables, 129, 135, 138

ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

- Prohibición de comercialización, 208

P

PATRIMONIO CULTURAL

- Conservación arquitectónica, 370
- Protección, 370

PATRIMONIO ECOLÓGICO

- Publicidad exterior visual, 332
- Regulación
 - Competencia, 332

PAZ

- Acciones humanitarias, 235
- Deber, 235, 240
- Derecho, 235, 240
- Marco jurídico, 235, 240
- Presupuesto
 - Materialización de derechos, 235, 240
- Protección, 235, 240

PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA

- Causales, 52
- Efectos, 52

PODER DE POLICÍA

- Alcance, 402
- Autoridades administrativas
 - Potestades, 402, 409
- Corporaciones Autónomas Regionales
 - Ejercicio, 154
- Fines, 402, 409, 395, 398
- Función de policía
 - Distinción, 303
- Límites, 402, 479
- Regulación normativa
 - Competencia concurrente, 412
 - Subsidiario, 303

POLICÍA NACIONAL

- Escudo
 - Expresión Dios, 426
- Funciones
 - Servicio público de vigilancia, 496
- Uso igualitario de bigote, 421
- Valores, 426

POTESTAD REGLAMENTARIA

- Alcance, 235, 462

POTESTAD REGLAMENTARIA CONSTITUCIONAL

- Subsidiaria o supletiva, 402

POTESTAD SANCIONATORIA

- Actuación principal
 - Decisión, 442
- Decisión
 - Notificación
 - Término, 442
 - Término, 442
- Prescripción
 - Cómputo, 442
- Vía Gubernativa
 - Decisión, 442
 - Facultativa, 442
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**
 - Objeciones
 - Acto legislativo, 278
 - Obligaciones, 240
 - Proceso de Paz
 - Libertad configurativa, 240
 - Símbolo
 - Unidad nacional, 240
- PRINCIPIO DE AUTONOMÍA**
 - Aplicación, 412
- PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA**
 - Aplicación, 176
- PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD**
 - Acciones humanitarias, 235
 - Aplicación, 235
 - Deber, 235
- PRINCIPIO NON BIS IN IDEM**
 - Invulneración, 221
- PROCESO ADMINISTRATIVO DE DECOMISO DE MERCANCÍA**
 - Acto de trámite
 - Control judicial, 141
 - Requerimiento especial, 141
 - Requerimiento ordinario, 1461
 - Buena fe
 - Presunción, 129, 135, 138
 - Tercero adquirente o poseedor de buena fe, 127, 129, 135, 138
- PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**
 - Actos demandables, 267, 269
- PROCESO JUDICIAL POR DECOMISO DE MERCANCÍA**
 - Aseguradora
 - Vinculación, 142
 - Tercero con interés
 - Aseguradora, 142
- PROCESO POR DECOMISO DE MERCANCÍA**
 - Legitimación en la causa por activa
 - Transportador, 145, 147
 - Tercero con interés
 - Transportador, 145, 147
- PROPIEDAD**
 - Función social, 370
- PROVINCIAS**
 - Naturaleza, 288
- PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL**
 - Concepto, 332
- PURGA DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO**
 - Teoría de la convalidación del acto irregular, 55
- R**
- RECURSOS PÚBLICOS**
 - Auxilios o donaciones
 - Prohibición, 173
 - Beca de enseñanza
 - Otorgamiento, 176
 - Celebración de contratos
 - Entidades privadas sin ánimo de lucro, 173
- RÉGIMEN ADUANERO**
 - Acción administrativa sancionatoria
 - Decisión
 - Notificación

Término, 436, 438
Término, 436, 438
Investigación
Término, 436, 438
Prescripción
Cómputo, 436, 438
Mercancía
Situación jurídica
Definición, 438

RÉGIMEN CAMBIARIO
Acción administrativa sancionatoria
Decisión
Notificación
Término, 427, 431, 433
Término, 427, 431, 433
Investigación
Término, 427, 431, 433
Prescripción
Cómputo, 427, 431, 433
Divisas extranjeras
Fluctuaciones, 449
Principio de favorabilidad
Aplicación, 455, 458
Vía gubernativa
Reposición
Obligatoriedad, 452

REGISTRO PÚBLICO INMOBILIARIO
Concepto, 121

REGISTROS SANITARIOS
Derecho de participación, 492
Medicamento, 487
Miel de abejas, 492
POSTINOR 385
VIAGRA, 487

RESERVA DE LEY
Materias objeto de

Imposición de sanciones, 412
Objeción de conciencia, 387
Procedimientos punitivos, 412
Títulos de idoneidad
Profesiones en área de salud, 531

RIESGO SOCIAL

Concepto, 529
Definición, 531

S

SECRETO INDUSTRIAL

Productos farmoquímicos
Nuevos componentes químicos, 487

SENTENCIA

Efectos
Ex nunc, 516
Ex tunc, 516

SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO

Mujer, 391

SERVICIOS PÚBLICOS

Subsidios
Rendimientos financieros, 500, 505
Vigilancia
Prestación, 496

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Efectos, 64

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

Competencia excepcional
Recurso de apelación
Decisiones empresas vigiladas, 510
Incompetencia
Para revocar directamente decisiones de empresas vigiladas, 510

T

TARJETA DE RESERVISTA DE PRIMERA CLASE

Mujer
Requisitos, 391

TASAS POR UTILIZACIÓN DE AGUAS

- Programa de inversión
 - Aprobación, 520
 - Concertación autoridad ambiental, 520

TEORÍA DE LA CONVALIDACIÓN DEL ACTO IRREGULAR

- Aplicación, 55, 60

TEORÍA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES

- Acción de nulidad
 - Procedencia
 - Acto particular, 100
- Evolución jurisprudencial, 108
- Origen, 96
- Reglas, 100

TERMINACIÓN DEL CONFLICTO

- Acuerdo General
 - Marco jurídico, 240
- Diálogo
 - Marco
 - Jurisprudencial, 240
 - Normativo, 240
- Mesa de Diálogo
 - Creación, 240
 - Delegaciones, 240
 - Negociación, 240
- Solución pacífica, 240

TERRITORIOS INDÍGENAS

- Concepto, 225
- Explotación de recursos naturales, 157
- Resguardo
 - Concepto, 225

TÍTULOS DE IDONEIDAD

- Especialidades médicas
 - Anestesiología y radiología, 529
 - Homeopatía, 523

Radiología, 529

Excepciones

Tatuadores y piercers, 527

Exigencia

Excepciones

Consulta externa de medicina estética, 529

Marco jurisprudencial, 527

TRANSPORTE

Pasajeros

Prohibición, 163

Tarifas

Determinación, 166

TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

Criterios de asignación, 208

Extranjeros no residentes en Colombia, 208

Principio de gratuidad, 208

Prohibición de exigir o percibir beneficio económico, 208

Régimen jurídico, 208

U

UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES

Creación

Nivel territorial, 338

Régimen jurídico, 338

USOS DEL SUELO

Naturaleza, 154

V

VÍA GUBERNATIVA

Agotamiento

Configuración

Escenarios, 79

Finalidad, 79

Motivos de inconformidad, 79

Nuevo argumento, 79

Nuevo hecho, 79

Presupuesto de procedibilidad, 79

Recursos

Facultativo

Queja, 79

Reposición, 79

Obligatorio

Apelación, 79

Revisión y análisis, 79

Supuestos, 68, 71

Términos

Actuación principal

Dependencia, 431, 436, 438

Independencia, 427, 433, 442

VÍA JUDICIAL

Nuevos argumentos, 76, 78

Nuevos hechos, 76, 78

VÍCTIMA DE SECUESTRO

Libertad

Privación ilegítima, 235

Pago de salarios y prestaciones sociales

Beneficiarios

Cónyuge, 235

Seguro colectivo

Salarios y prestaciones sociales

Reconocimiento, 255

Z

ZONAS DE FRONTERA

Concepto, 292

LISTADO DE CONSEJEROS DE ESTADO 1817-2017

NOMBRE	INICIO DE PERIODO	NOMBRE	INICIO DE PERIODO
A			
Abad Mesa, Elías	1936	Barco, Constantino	1926
Abadía Méndez, Miguel	1920	Barreto Ruiz, Joaquín	1989
Abella Zárata, Jaime	1986	Bastidas Bárcenas, Hugo Fernando	2009
Abello Noguera, Osvaldo	1971	Benavides G., Gonzalo	1925
Abello Salcedo, Rafael	1924	Benavides Melo, Guillermo	1986
Acero Pimentel, Enrique	1966	Benavides Patrón, Juan	1966
Acosta A., Guillermo	1951	Bermúdez Bermúdez, Lucy Jeannette	2013
Aguilar Vélez, Eduardo	1971	Bermúdez, José Francisco	1828
Aldana Duque, Hernán Guillermo	1986	Betancourt, Antonio José	1817
Alvarado Ardila, Víctor Hernando	2009	Betancur Cuartas, Jaime	1973
Alvarado Pantoja, Luis Antonio	1987	Betancur Jaramillo, Carlos	1977
Álvarez Jaramillo, Luis Fernando	2005	Betancur Rey, Miguel	1984
Amaya Navas, Oscar Darío	2016	Bonilla Gutiérrez, Ricardo	1961
Andrade Rincón, Hernán	2010	Bonivento, José Alejandro	1984
Anzola Escobar, Daniel	1950	Borrero, Eusebio	1841
Anzola Linares, Aydée	1978	Borrero, Vicente	1830
Anzola, Nicasio	1926	Briceño de Valencia, Martha Teresa	2008
Aponte Santos, Gustavo Eduardo	2003	Briceño Méndez, Pedro	1821
Arango Henao, Alfonso	1966	Brion, Luis	1817
Arango Mantilla, Alberto	1999	Buenahora, Manuel	1954
Arango Reyes, Samuel	1976	Buitrago de Valencia, Susana	2007
Aranzazu, Juan de Dios	1840	Buitrago Hurtado, Samuel	1977
Araújo Oñate, Rocío	2015	Bula Escobar, Germán Alberto	2013
Arboleda Perdomo, Enrique José	2004	Burbano, Sergio A.	1920
Arboleda Valencia, José Enrique	1955		
Arciniegas Andrade, Camilo	2000	C	
Arciniegas Baedecker, Reynaldo	1984		
Arciniegas, Belisario	1968	Caballero Sierra, Gaspar	1985
Arenas Monsalve, Gerardo	2008	Cáceres Corrales, Pablo	1990
Ariza Muñoz, Ernesto Rafael	1991	Cáceres Toro, Tarcisio	2000
Arrieta Padilla, Carlos Gustavo	1990	Caicedo, Domingo	1830
Arrieta, Carlos Gustavo	1960	Camacho Rodríguez, Nemesio	1966
Ayala Mantilla, Germán	1996	Camacho Roldán, Salvador	1840
Azuero, Vicente	1830	Campuzano M., Arturo	1919
		Canabal, Eusebio María	1833
		Cancino, Junio E.	1930
		Cárdenas, Miguel Antonio	1977
		Carmona, Francisco	1831
		Caro, Miguel Antonio	1886
B			
Badel, Aníbal	1943		
Baralt, Luis Andrés	1828		

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

Gutiérrez M., Ricardo 1956
 Gutiérrez Moreno, Agustín 1831
 Gutiérrez Velásquez, Amado 1988

H

Henao Hidrón, Javier 1987
 Hernández, Pedro 1817
 Hernández Becerra, Augusto 2010
 Hernández Enríquez, Alier Eduardo 1999
 Hernández G., Luis 1927
 Hernández Gómez, William 2015
 Hernández Mora, Alberto 1966
 Hernández Pinzón, Maria Nohemí 2003
 Hernández R., Gustavo 1939
 Hernández Sáenz, Juan 1968
 Hernández, Guillermo 1945
 Holguín Holguín, Andrés 1967
 Holguín, Jorge 1914
 Hoyos Duque, Ricardo 1997
 Hoyos Salazar, César 1996

I

Ibarra Vélez, Sandra Lisset 2014

J

Jaramillo Mejía, Luis Eduardo 1992
 Jaramillo V., Lucrecio 1971
 Jiménez L., Manuel 1919
 Jiménez Ochoa, Filemón 2003

L

Lamus Girón, Jorge 1944
 Larrea, Modesto 1828
 Latorre Rueda, Mario 1972
 Lecompte Luna, Álvaro 1988
 Lecuna, Vicente 1817
 Lemos Bustamante, Jesús María 2000
 Lleras Pizarro, Miguel 1969
 Llorente, José A. 1915
 Londoño Cardona, Euclides 1988

NOMBRE **INICIO DE PERIODO**

López Aldana, Francisco de Paula 1833
 López Díaz, Ligia 2001
 López, José Hilario 1830
 López, Sr. 1831
 Low Mutra, Enrique 1979
 Lozano y Lozano, Carlos 1938

M

Malo, Antonio 1840
 Manrique Guzmán, Daniel 1998
 Marín, María Adriana 2017
 Marmolejo, José M. 1971
 Márquez, Próspero 1914
 Marriaga, Rafael 1955
 Marroquín, José Manuel 1899
 Martínez, Juan 1817
 Martínez Conn, Carmelo 1980
 Medina López, Roberto 1999
 Meluk, Alfonso 1960
 Méndez, Ildefonso 1953
 Méndez, Mario Alario 1996
 Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo 1999
 Mendoza Pérez, Francisco 1833
 Mesa, Luis A. 1899
 Miranda, Ramón 1937
 Monsalve, José Dolores 1905
 Montes de Echeverri, Susana 2002
 Montes Hernández, Juan de Dios 1991
 Montes, Rafael A. 1921
 Montilla, Tomás 1817
 Mora Osejo, Humberto 1971
 Moreno García, Jaime 2005
 Moreno Rubio, Carlos Enrique 2015
 Mosquera y Arboleda, Joaquín Mariano 1828
 Mosquera, Rafael 1832
 Muñoz, Adriano 1914

N

Namén Vargas, Álvaro 2013
 Navarrete Barrero, Olga Inés 1999
 Neira M., Guillermo 1946
 Núñez, Ricardo 1886

NOMBRE **INICIO**
DE PERIODO

O

Obando, José María	1831
Olaya Forero, Ana Margarita	1999
Olmedo, José Joaquín	1828
Orbegozo, Francisco de P.	1840
Ordóñez Maldonado, Alejandro	2000
Orejuela Gómez, Álvaro	1968
Orjuela Góngora, Carlos Arturo	1994
Ortega, José María	1828
Ortiz Amaya, Bernardo	1974
Ortiz Barbosa, María Inés	2001
Ortiz de Rodríguez, Carmen Teresa	2010
Osorio Isaza, Luis Camilo	1995
Osorio, Alejandro	1828
Ospina, Pedro Nel	1918
Ossa, José María	1817
Ostau De Lafont Pianetta, Rafael Enrique	2003

P

Pájaro Peñaranda, Nicolás	1997
Palacio Hincapié, Juan Ángel	2000
Palomino Cortés, César	2016
Pardo, Manuel	1831
Paredes Tamayo, Jaime	1978
París, Joaquín	1830
Payán, Eliseo	1886
Pazos Guerrero, Ramiro de Jesús	2013
Pedraza de Arenas, Dolly	1990
Penen Deltieure, Jorge	1988
Peñalver, Fernando	1817
Peñaranda A., Guillermo	1937
Peraza, Luis	1817
Perdomo Cuéter, Carmelo	2015
Pereira, José Francisco	1840
Pérez Escobar, Jacobo	1979
Pérez Velasco, Mario Enrique	1978
Pérez Vives, Álvaro	1976
Pérez y Soto, Juan B.	1899
Pérez, Victor M.	1931
Perilla V., Jesús	1914
Pey, José Miguel	1830
Pineda de C., Álvaro	1950
Pinzón, Próspero	1893

NOMBRE **INICIO**
DE PERIODO

Piñeros y P, Eduardo	1950
Piñeros, Marco	1978
Piza Rodríguez, Julio Roberto	2017
Polo Figueroa, Juan Alberto	1996
Porras, Demetrio	1886
Porras, José Ángel	1899
Portocarrero Mutis, Carlos	1965
Prieto, Antonio José	1950
Pumar, Miguel	1828
Pumarejo, Alberto	1936

Q

Quijano, Arturo	1917
Quijano, Manuel María	1831
Quintero Calderón, Guillermo	1899
Quiñones Pinilla, Darío	1999
Quiñones, Pedro Martín	1930

R

Ramírez De Páez, Bertha Lucia	2006
Ramírez Ramírez, Jorge Octavio	2013
Rebollo, Manuel Benito	1832
Restrepo Briceño, Fernando	1924
Restrepo Piedrahita, Carlos	1975
Restrepo, Carlos Anfbal	1977
Restrepo, Félix	1821
Restrepo, José Manuel	1821
Restrepo, Juan Pablo	1886
Revenga, José Rafael	1828
Reyes Posada, Ignacio	1978
Rico, Luis Carlos	1886
Rieux, Sr.	1830
Rivadeneira, Carlos	1939
Rodríguez Arce, Flavio Augusto	1999
Rodríguez M., Mario	1974
Rodríguez Navas, Jaime Enrique	2016
Rodríguez Rodríguez, Libardo	1990
Rodríguez Rodríguez, Simón	1984
Rodríguez S., Gonzalo	1956
Rodríguez Villamizar, Germán	1998
Rodríguez, Gustavo Humberto	1981
Rodríguez, Pedro Alejo	1929
Rojas Arbeláez, Gabriel	1960

NOMBRE	INICIO DE PERIODO	NOMBRE	INICIO DE PERIODO
Rojas Betancourth, Danilo	2010	Torres Niño, Nicolás	1938
Rojas Lasso, María Claudia	2008	Torres, Jerónimo	1828
Rojas Serrano, Yesid	1992	Tovar, Bernardino	1833
Romero Díaz, Héctor	2004	Trejos Jaramillo, Augusto	1997
Romero, Elías	1919	Tribín, Adriano	1905
Rosales, Luis Felipe	1914	Trujillo Arroyo, Juan C.	1905
Rosales, Ramón	1920		
Rueda Briceño, Rafael	1954	U	
S		Urbano Múnera, José	1950
Saavedra Becerra, Ramiro	2003	Urdaneta, Rafael	1828
Sáchica Aponte, Luis Carlos	1969	Uribe Acosta, Julio César	1984
Salazar Tapiero, Gustavo	1968	Uribe Escobar, Ricardo	1945
Samper Madrid, Francisco	1937	Uribe Holguín, Ricardo	1976
Sánchez Luque, Guillermo	2015	Uribe Restrepo, Miguel	1832
Sánchez Sánchez, Hernando	2017	Urueta Ayola, Manuel Santiago	1996
Santamaría, Raimundo	1831	V	
Santander, Francisco de Paula	1821	Valbuena Hernández, Gabriel	2015
Santofimio Gamboa, Jaime Orlando	2010	Valbuena, Gustavo A.	1946
Sanz Tobón, Martha Sofía	2006	Valdiviezo, J. Felis	1828
Sarria Olcos, Consuelo	1987	Valencia Arango, Horacio	1930
Sedeño, Manuel	1817	Valencia Arango, Jorge	1976
Segovia, Lácides	1917	Valencia, Joaquín	1886
Sepúlveda Mejía, Diógenes	1939	Valencia, Miguel Antonio	1840
Serrato Valdés, Roberto Augusto	2015	Vallarino, José	1832
Soto Montes de Oca, Francisco	1831	Valle de De la Hoz, Olga Mérida	2010
Sotomayor, Juan Fernández	1830	Valverde R., José A.	1925
Soublette, Carlos	1828	Vanin Tello, Joaquín	1982
Suárez Franco, Roberto	1981	Vargas Ayala, Guillermo	2012
Suárez Hernández, Daniel	1991	Vargas Rincón, Alfonso	2007
Suárez Vargas, Rafael Francisco	2016	Vargas T., José A.	1926
Suescún Monroy, Eduardo	1980	Velasco Álvarez, Jorge	1960
T		Velásquez Rico, Marta Nubia	2015
Tafur Herrán, Rafael	1971	Velásquez, Jorge A.	1961
Talavera, Mariano	1828	Vélez Barrientos, Alejandro	1831
Tanco Armero, Nicolás M.	1828	Vélez, Bonifacio	1914
Tapias P., Arturo	1966	Vélez, Jorge	1920
Tascón, Tulio Enrique	1938	Velilla Moreno, Marco Antonio	2006
Tejada, Clodomiro	1886	Vergara Quintero, Luis Rafael	2008
Tirado Macías, Ricardo	1936	Vergara y Sanz de Santamaría, Estanislao	1828
Torres Cuervo, Mauricio	2007	Viana Patiño, Miguel	1993
		Vieira Puerta, Rodrigo	1990

NOMBRE

**INICIO
DE PERIODO**

Y

Yepes Barreiro, Alberto	2011
Younes Moreno, Diego	1990

Z

Zambrano Barrera, Carlos Alberto	2011
Zambrano Cetina, William	2007
Zea, Francisco Antonio	1817
Zerda, Sixto A.	1918
Zuleta Ángel, Alberto	1967



IMPRESA
NACIONAL

Carrera 66 No. 24-09
Tel.: (571) 4578000
www.imprenta.gov.co
Bogotá, D. C., Colombia

